بدائع الصنائع

في ترتيب الشرائع

تأليف
الإمام علاء الدين أبي بكر بن مسعود
الكاساني الحنفي
المتوفى سنة ٥٨٧ هـ

تحقيق وتعليق

الشيخ علي محمد معوض — الشيخ عادل أحمد عبد الموجود

الجزء العاشر

يحتوي على الكتب التالية:

الغصب - المأذون - الإقرار - الخنثى
الوصايا - القرض

منشورات
محمد علي بيضون
دار الكتب العلمية
بيروت - لبنان

بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب الغصب[1]

جمع محمد رحمه الله في كتاب الغَصْب بين مسائل الغَصْب وبين مسائل الإتلاَف، وبدأ بمسائل الغصْب فنبدأ بما بدأ به فنقول وبالله التوفيق. معرفة مسائل الغصب في الأصل مبنيةٌ على معرفة حد[2] الغَصْب وعلى مَعْرِفة حكم اختلاف الغَاصِب والمغْصُوب منه.

أما حد الغَصْبِ فقد اخْتَلف العلماء فيه.

قال أبو حنيفة وأبو يوسف ـ رضي الله عنهما ـ عنها: هو إزالة يد المَالِك عن ماله المتقوّمِ على سبيل المجَاهَرة والمغالبة بفعل في المال.

---

(١) الغصب في اللغة «أخذ الشيء ظلماً» سواء كان الشيء مالاً أو غير مال وفي الشريعة.
عرفه فقهاء الحنفية بأنه «أخذ مال متقوم محترم علانية بغير إذن المالك على وجه يزيل يده».
وعرفه فقهاء المالكية بأنه «أخذ مال قهراً، تعدياً بلا حرابة».
وعرفه فقهاء الشافعية والحنابلة بأنه «الاستيلاء على مال غيره بغير حق» ونستطيع أن نستخلص من مجموع هذه التعريفات أن الغصب الذي تترتب عليه أحكامه الخاصة به في الشريعة لا يتحقق إلا إذاً توفرت فيه الأركان الآتية:
الأول: أن يكون المأخوذ مالاً متقوماً محترماً الثاني: انتفاء الإذن من المالك.
الثالث: أن يكون الأخذ على سبيل الجهر الرابع: زوال يد المالك عن المال.
انظر: المصباح المنير: ٦١٣/٢، الصحاح: ١٩٤/١، المطلع: ٢٧٤ المغرب: ٣٤٠.
واصطلاحاً:
عرفه أبو حنيفة وأبو يوسف بأنه: إزالة يد المالك عن ماله المتقوم، على سبيل المُجَاهَرَةِ والمغالبة بفعل في المال.
وقال محمد: الفعل في المال ليس بشرط لكونه غصباً.
عرفه الشافعية بأنه: أخذُ مالِ الغير، على وجه التعدي.
عرفه المالكية بأنه: أخذ مال غير منفعة ظلماً قهراً لا بخوف قتال.
عرفة الحنابلة بأنه: الاستيلاء على مال الغير، بغير حق.
انظر: بدائع الصنائع: (٤٤٠٣/٩)، تبيين الحقائق للزيلعي: ٢٢٢/٥، مغني المحتاج ٢٧٥/٢، مواهب الجليل: ٢٧٤/٥، حاشية الدسوقي: ٤٤٢/٣، المغني: ٢٣٨/٥، شرح منتهى الإرادات: (٣٩٩/٢).
(٢) في أ: حكم.

وقال محمد ـ رحمه الله ـ: الفِعْل في المَالِ ليس بشَرْط لكونه غصباً وقال الشافعي ـ رحمه الله ـ: هو إثبات اليَدِ على مَالِ الغير بغير إذنه، والإزالة ليست بشرط[1].

---

(١) اعتنى الفقهاء في الشريعة بالاعتداء على الأموال وكان لهم أثر كبير في استنباط الأحكام وترتيبها وتبويبها فقسموا الاعتداء على المال إلى سرقة، واختلاس ونهب، وغصب، ومحاربة، وإتلاف، وخيانة وبينوا أحكام كل قسم وما يتعلق به حسبما استنبطوه من النصوص.
ولكن الغصب «وهو نوع من أنواع الاعتداء» لم يكن سعيداً بالنصوص الكثيرة كما سعد غيره، فلم يكن بد وقد أعوز الفقهاء النصوص ـ من تطبيق العمومات والقواعد الكلية مع الاسترشاد بروح الشريعة ومقاصدها العامة، وكان للفقهاء الحرية الواسعة والنظر الدقيق في التطبيق والاستنباط وكان لذلك أثر كبير في اختلافهم في الجزئيات والوقائع الفقهية. حتى لقد وقع الخلاف بينهم في حقيقة النصب الشرعي نتيجة اختلافهم في التطبيق.
فقد رأى الحنفية أن الجزاء المشروع بقوله تعالى ﴿فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم﴾ قد اشترطت فيه المماثلة والمساواة، ورأوا أنه المالك «المغصوب منه» قد استحق إزالة يد الغاصب عن الضمان بفعل فيه وهو نقل الضمان من يد الغاصب إلى يده، فكان من الضرورة لتحقيق المساواة أن يكون المالك قد زالت يده عن ماله بفعل فيه، وعليه فلا يتحقق الغصب الشرعي عندهم إلا إذا توفرت فيه الإزالة.
أما غيرهم من سائر الفقهاء فرأوا أن الإزالة ليست لازمة لحقيقة الغصب الشرعي وأنه يكفي في تحققه إثبات اليد العادية، لأن الفرض من المجازاة بالمثل هو جبر الضرر وتعويضه إذا وقع على المالك اعتداء والاعتداء قد يكون مع إزالة اليد المحقة، وقد يكون مع إثبات اليد العادية، ورأوا أن الفعل في الضمان ضرورة من ضرورات اتصال الحق إلى المالك وأن المجازاة بالمثل لا تحتاج إلى إقامة هذه الشكليات في جانب المالك. فالحنفية حين التطبيق نظروا إلى جانب المجازاة، ونظر غيرهم إلى جانب الاعتداء.
والناظر في موقف الحنفية يرى أنهم ـ بهذا التطبيق ـ يرمون إلى المساواة الكاملة تحقيقاً للعدالة بين الناس ولكن هذا الأصل الذي جاء وليد التطبيق ـ من الناحية العملية ـ عكس عليهم الفرض الذي يرمون إلى تحقيقه فضاعت على الناس أموالهم كما حرموا من الانتفاع بها من غير مقابل ولا تعويض، لأن هذا الأصل «الإزالة» لا يمكن تحقيقه في العقار لتعذر النقل فيه، ولا يمكن تطبيقه على منافع الأموال، لأن المنافع أغراض تنقضي شيئاً فشيئاً وتتلاشى ساعة فساعة، فالموجود منها في وقت الغصب لم يكن في يد المالك، وعلى فرض وجوده فلا يتصور نقله، كذلك لا يمكن تطبيق هذا الأصل على زوائد المغصوب لأنها لم تكن في يد المالك، وإزالة اليد فرع ثبوتها.
أما أصل الأئمة ومبدؤهم فلم تكن له مثل هذه النتيجة، لأن إثبات اليد العادية على مال الغير غصب يوجب الضمان عندهم وهو متحقق فيما ذكرناه آنفاً: فهم قد راعوا حق المالك ولم يراعوا حق الغاصب، وإن كان الحنفية ـ في الواقع ـ لم يقصدوا إلى إهدار حق المالك ولكن جاء هذا الإهدار نتيجة لتطبيق الأصل الذي استنبطوه، وعذرهم في ذلك القصد إلى تحقيق المساواة بين الناس وهم في ذلك ينظرون إلى المجتمع نظرة فاضلة مبنية على حسن الظن بالناس، وعلى أن كل فرد في المجتمع يحترم حق غيره، تتجلى تلك النظرة الفاضلة في تعليلهم القول بعدم ضمان الزوائد بأن «الظاهر أن الغاصب لا يمنع المالك من أخذ الزوائد حتى لو منعه بعد الطلب كان ضامناً».

....

= ولاهتمام الحنفية بالمساواة تراهم إذا تعذر عليهم تحقيقها لا يحكمون بالضمان ويتركون الأمر بلا قضاء كما في غصب المنافع فإنهم لا يقولون بضمانها مستدلين «بأن عدم القضاء للعجز عن المماثلة لا لعدم الحق فيؤخر إلى دار الجزاء حتى يحكم الله بمثله» ويقول شمس الأئمة السرخسي «. . . وإذا لم يجب الضمان لتعذر إيجاب المثل كان ذلك لضرورة ثابتة في حقنا وهي أنا لا نقدر على القضاء بالمثل وذلك مستقيم مع أن حق المظلوم لا يهدر بل يتأخر إلى الآخرة».

فمع إقرارهم بالحق، ولكن لعدم تحقق المساواة في نظرهم تحرجوا من الحكم مع أن أموال الناس وحقوقهم يجب أن تصان وأن يحافظ عليها، وفي الانسياق مع هذا الأصل الذي رآه الحنفية إهداراً لمصالح الناس وأموالهم، والشريعة أتت ـ فيما أتت به ـ بصيانة هذه المصالح ووضع النظم الدقيقة لها التي تكفل للناس كل ما فيه سعادتهم وطمأنينتهم.

هذه النظرة هي التي حدت بالمتأخرين من فقهاء الحنفية إلى القول بالضمان في غصب العقار الوقوف، وإلى القول بضمان منافع الوقف ومال اليتيم والمال المعد للاستغلال. ولكن هذا التراجع كان في دائرة ضيقة، فإنهم لم يعمموا القول بالضمان في جميع العقار كما لم يعمموا القول به في جميع المنافع وكأنهم وجدوا أن الضرورة فيما أفتوا به أشد من غيرها وأياً ما كان الأمر فهذا التراجع دليل ناصع على حرية الفقهاء، وأنهم متى وجدوا أن المصلحة ماسة إلى ما يحفظ على الناس أموالهم، ولم يصادم ذلك نصاً من النصوص لا يتحرجون عن الحكم بذلك ولو خالفوا أئمتهم.

والإمام محمد بن الحسن ـ وإن وافق شيخيه في الأصل المتقدم ـ أكثر مرونة منهما في تطبيقه على العقار، فإنه وجد أن الإزالة تتحقق في العقار كاملة بالاستيلاء عليه ومنع المالك من الانتفاع به ورأى أن النقل ليس ضرورياً في غصب العقار، وكان مقتضى نظره إلى المعنى وتحقق المقصود أن يقول بغصب المنافع وضمانها إذا منعها الغاصب من مالكها بعد طلبه لتحقق معنى الإزالة كاملاً ولكنه وافق شيخيه في القول بعدم الضمان بناء على أن المنافع ليست أموالاً وأنه لا يتصور فيها غصب كما تقدم آنفاً.

وقد أحدث هذا الأصل عند الحنفية شيئاً من التعقيد في تعليل أحكام الغصب حتى ليصيب على الباحث أن يستخلص الفرق بين الإزالة الحقيقية والإزالة الحكمية عندهم، وحتى تعلل المسألة الواحدة بتعليلات مختلفة معقدة أساسها اعتبار هذا الأصل في حقيقة الغصب الشرعي، ويتجلى ذلك في المثال الآتي:

قال الحنفية بتضمين غاصب الغاصب، ولما وجدوا أن العين المغصوبة لم تكن في يد المالك، لأن يده قد زالت بفعل الغاصب الأول، فلم يتحقق الركن وهو الإزالة في فعل المعتدي الثاني: لأن إزالة الزائل مستحيلة، علّلوا ذلك مرة بأن المالك إذا اختار تضمين الغاصب الثاني يصير كأنه مبرىء للغاصب الأول، وبهذا الإبراء تصير يده يد المالك، والمعتدي الثاني قد فوت هذه اليد فيكون ضامناً لتفويته يد المالك حكماً والمتأمل يرى أن كل ما يحدثه اختيار تضمين الثاني هو إبراء الأول، أما تنزيله منزلة المالك وجعل يده يد المالك فلا يدل عليه الاختيار، ومع هذا فأين ما يدل على أن للمالك اختيار تضمين الثاني وهو المقصود من الاستدلال؟

وعللوا هذه المسألة مرة أخرى «بأن المعتدي الثاني قد فوت يد المالك في المعنى، لأنه كان متمكناً من أخذه من الغاصب الأول، والمعتدي الثاني قد فوت عليه ذلك، وتفويت إمكان الأخذ تفويت اليد في المغني» هذا مع أن المعتدي الثاني على حد سواء والمعتدي الأول، سواء في استخلاص المال منهما بنفسه إن قدر عليه أو بواسطة القضاء إن لم يقدر. =

أما الكلام مع الشَّافعي ـ رحمه الله ـ فهو احتجَّ لتمهيد أصله بقوله ـ سبحانه وتعالى ـ: ﴿وَكَانَ وَرَاءَهُمْ مَلِكٌ يَأْخُذُ كُلَّ سَفِينَةٍ غَصْباً﴾ [الكهف: ٧٩] جعل الغصب مصدر الأخذ، فدل أن الغصب والأخذ واحد، والأخذ إثبات اليد، إلا أن الإثبات إذا كان بإذن المالك يسمى إيداعاً وإعارة وإبضاعاً في عرف الشَّرع، إذا كان بغير إذن المالك يسمى في متعارف الشَّرع غصباً؛ ولأن الغصْب إنما جعل سبباً لوجوب الضَّمان بوصف كونه تعدياً، فإذا وقع الإثبات بغير إذن المالك وقع تعدياً، فيكون سبباً لوجوب الضَّمان بوصف كونه تعدياً، والدَّليل عليه أن غاصب الغَاصِب ضامنٌ وإن لم يوجد منه إزالة يد المالك، لزوالها بغصب الغاصب الأول، وإزالة الزائل محالٌ، والله سبحانه وتعالى أعلم.

ولنا: الاستدلال بضمان الغصْب من وجهين

أحدهما: أن المالك استحقَّ إزالة يد الغاصب عن الضمان، فلا بد وأن يكون الغصب منه إزالة يد المالك، لأن الله تبارك وتعالى لم يشرع الاعتِدَاء إلا بالمثل بقوله سبحانه وتعالى:

= وعللوها مرة ثالثة بأن «المعتدي الثاني قد حول إلى نفسه يد الغاصب الأول وهي يد مفوتة ليد المالك فتحول إليه بصفته». ولعل هذا أقرب تعليل إلى حقيقة الغصب الشرعي عندهم.

أما غيرهم من الأئمة فليس في أصلهم شيء من هذا التعقيد: لأن الغصب عندهم يكفي فيه إثبات اليد العادية، والغاصب الثاني قد أثبت يده على مال غيره ظلماً فيتحقق الغصب فيجب الضمان.

وكما اختلفوا في تطبيق الآية على حقيقة الغصب، كذلك اختلفوا في تطبيق بعض الأحاديث، ومنشأ اختلافهم أن النص ليس قاطعاً في موضع الخلاف.

فمن ذلك قوله عليه الصلاة والسلام «الخراج بالضمان» طبقة الحنفية تطبيقاً عاماً ورأوا أن المغصوب كان في ضمان الغاصب فجعلوا له الغلة ولم يحكموا عليه بضمانها، ورأى باقي الأئمة أن النص خرج على سبب خاص وهو كونه في ضمان المشتري.

ومن ذلك أيضاً قوله عليه الصلاة والسلام «ليس لعرق ظالم حق» طبقه أكثر الفقهاء تطبيقاً عاماً ورأوا أنه كما يشمل البناء والقراس يشمل الزرع أيضاً، ورأى أحمد وإسحاق أنه خاص بحالة الفراس والبناء فقط.

هذه أمثلة لاختلاف الفقهاء في تطبيق النصوص في موضع البحث حين يكون هناك نصوص، فإن أعوزت النصوص لجأ الفقهاء إلى القواعد العامة المستنبطة من عمومات الشريعة والتي صار لها قوة النص، وإلى روح الشريعة ومقاصدها العامة، استنبطوا من ذلك الحكم لما يعرض لهم من مسائل لا يختلفون في ذلك إلا في القليل النادر: ومن القواعد التي طبقوها في موضع البحث قولهم ـ الضرر يزال، الضرر لا يزال بالضرر، يتحمل الضرر الأدنى لدفع الضرر الأعلى، الضرر مدفوع بقدر الإمكان ـ ويجد الباحث تطبيق ذلك شائعاً في باب الغصب كله.

وكان نتيجة تطبيق النصوص واللجوء إلى القواعد العامة هذه الثروة الفقهية العظيمة التي لا تضيق بأحوال الناس وشؤونهم في كل وقت ومكان.

ينظر: الغصب لشيخنا عبد العال أحمد عطوة، والهداية (٧/ ٣٨٩)، وتبين الحقائق (٥/ ٢٣٤)، والمبسوط (١١/ ٥٦، ٧٦، ٨٠).

﴿فَمَنِ اعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ ما اعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ﴾ [البقرة: ١٩٤].

والثاني: أن ضمان الغصب لا يخلو إما أن يكون ضمان زجر، وإما أن يكون ضمان جبر، ولا سبيل إلى الأول، لأنه يجب على من ليس من أهل الزجر، ولأن الانزجار لا يحصل به، فدل أنه ضمان جبر والجبر يسْتَدعِي الفَوَات/ ، فدل أنه لا بد من التفويت لتحقق الغصب، ولا حجة له في الآية، لأن الله تعالى فسَّر أخذ الملك تلك السفينة بغصبه إياها، كأنه قال سبحانه وتعالى: ﴿وَكَانَ وَرَاءَهُم مَّلِكٌ﴾ [الكهف: ٧٩] يغصب كل سفينةٍ. ٢/ ٢٧٥ب

وهذا لا يدل على أن كل أخذ غَصْب، بل هي حجة عليه، لأن غصب ذلك الملك كان إثبات اليد على السَّفينة مع إزالة أيدي المساكين عنها، فدل على أن الغصب إثبات على وجه يتضمن الإزالة.

وأما قوله: الغصب إنما أوجب الضَّمان، لكونه تعدياً ـ فمسلم، لكن التعدّي فِي الإزالة لا في الإثبات، لأن وقوعه تعدياً بوقوعه ضارًا بالمالك، وذلك بإخراجه من أن يكون منتفعاً به في حقِّ المالِك، وإعجازه عن الانتفاع به، وهو تَفْسِير تفويت اليد وإزالتها.

فأما مجرد الإِثْبَات فلا ضرر فيه، فلم يكن الإثْبات تعدياً، وعلى هذا الأصل يخرج زوائد الغصْب أنها ليست بمضْمونة سواء كانت منفصلة كالولد واللبن والثمرة، أو متصلة كالسمن والجمال، لأنها لم تكن في يد المَالِك وقت غصب الأم، فلم توجد إزالة يده عنها فلم يوجد الغصب.

وعند محمد مضمونة، لأن الغصب عنده إثبات اليد على مال الغير بغير إذن مالكه وقد وجد الغصب، وهل تصير مضمونةً عندنا بالبيع والتَّسْليم والمنع أو الاستهلاك أو الاستخدام جبراً.

أما المنفصلة فلا خِلاَف بين أصْحَابِنا رضي الله عنهم في أنها تصير مَضْمُونة بها، وأما المتَّصلة فذكر في الأصل أنها تصير مْضمُونة بالبيع والتَّسليم، ولم يذكر الخِلاَف.

وصورة المسألة: إذا غصب جارية قيمتها ألف دِرْهَم، فازدادت في بدنها خيراً حتى صارت قيمتها ألفي درهم، فباعها وسلَّمها إلى المشْتَري فهلكت في يده ـ فالمَالِك بالخيار إن شاء ضَمِن المشْتَري قيمتها ألفي درهم، وإن شاء ضمن البَائع، فإن اختار تَضْمِين المشْتري ضمنه قيمتها يوم القَبْض ألفي درهم، وإن اختار تضمين البائع ضمنه بالبيع والتسليم قيمتها ألفي درهم أيضاً، كذا ذكر في الأصل ولم يذكر الخلاف.

وحكى ابن سماعة عن محمد ـ رحمهما الله ـ الخلاف: أن على قول أبي حنيفة ـ رحمه الله ـ إن شاء ضمن المشْتَري قيمتها يوم القَبْض ألفي درهم، وإن شاء ضمن الغَاصِب

قيمتها يوم الغَصْب ألف درهم، وليس له أن يضمنه زيادة بالبيع والتسليم، وكذا ذكره الحاكم الشهيد في «المنتقى» وحكى الخلاف، وهكذا ذكر الطَّحاوي في مختصره، إلا أنه ذكر الاستهلاك مطلقاً فقال: إلا أن يسْتَهلكها، وفسره الجصَّاص في شرحه مختصر الطحاوي، فقال: إلا أن يكون عبداً أو جارية فيقتل، وهذا هو الصَّحيح، أن المغصوب إذا كان عبداً أو جاريةً فقتله الغاصب خطأ ـ يكون المالك بالخيار إن شاء ضَمِن الغَاصِب قيمته يوم الغَصْب، وإن شاء ضمن عاقلة القَاتِل قيمته وقت القَتْل زائدة في ثلاث سِنين.

وجه قولهما: إن البيع والتسليم غصب، لأنه تفويت إمكان الأخذ، لأن المالك كان متمكناً من أخذه منه قبل البيع والتَّسليم، وبعد البيع والتسليم لم يبق متمكناً، وتفويت إمْكان الأخذ تفويت اليد معنى، فكان غصباً موجباً للضَّمان، وهذا لأن تفويت يد المَالِك إنما كان غصباً موجباً للضَّمان، لكونه إخراج المال من أن يكون منتفعاً به في حق المَالِك وإعجازه عن الانتفاع بمَالِه، وهذا يحصل بتفويت إمكان الأَخْذِ فيوجب الضَّمان، ولهذا يجب الضَّمان على غاصب الغَاصِب ومودع الغاصب والمشتري من الغاصب، كذا هذا.

ولأبي حنيفة ـ رضي الله عنه ـ: أن الأصل مضمون بالغصب الأول، فلا يقع البيع والتسليم غصباً له؛ لأن غصب المغصوب لا يتصور، والزيادة المتصلة لا يتصور إفرادها بالغصب لتصير مغصوبة بالبيع، والتَّسليم بخلاف الزِّيادة المنفصلة، فإن إفرادها بالغَصْب بدون الأصل متصور، فلم تكن مغصوبة بالغصب الأول؛ لانعدامها: فجاز أن تصير مغصوبة بالبيع والتسليم فهذا الفرق بين الزيادتين، وبخلاف القتل، لأن قتل المغصوب متصور، لأن محل القتل غير محل الغصب فمحل القتل هو الحياة ومحل الغصب هو ماليَّة العين، فتحقق الغصب لا يمنع تحقق القتل، إلا أن المضمون واحد والمستحق للضمان واحد فيخير، ولأن الأصل مضمون بالغصب السابق لا شك فيه، فيصير مملوكاً للغاصب من ذلك الوقت بلا خلاف بين أصحابنا ـ رحمهم الله ـ.

وأما الزيادة المتصلة، فالزيادة حدثت على ملك الغاصب، لأنها نماء ملكه فتكون ملكه، فكان البيع والتسليم والمنع والاستخدام والاستهلاك في غير بني آدم تصرفاً في ملك نفسه، فلا يكون مضموناً عليه، كما لو تصرف في سائر أملاكه، بخلاف الزيادة المنفصلة، لأنا أثبتنا الملك بطريق الاستناد، فالمستند يظهر من وجه ويقتصر على الحال من وجه، فيعمل بشبهة الظهور في الزوائد المتصلة، وبشبه الاقتصار في المنفصلة، إذ لا يكون العمل به على العكس، ليكون[1] عملاً بالشِّبهين بقدر الإمكان.

---

(١) في أ: لئلا.

٢/٢٧٦أ وأما على طريق الظهور المحض/ فتخريجهما مُشْكل، والله تعالى الموفق، بخلاف القتل، لأن العبد إنما يضمن بالقتل من حيث إنه آدمي لا من حيث إنه مالٌ، والغاصب إنما ملكه بالضمان من وقت الغصب، من حيث إنه مال لا من حيث إنه آدمي، لأنه من حيث إنه آدمي لا يحتمل التملك[1]، فلم يكن هو بالقتل متصرفاً في ملك نفسه، لهذا افترقا والله سبحانه وتعالى أعلم.

ثم على أصلهما: إذا اختار المالك تضمين البائع، هل يثبت له الخيار بين أن يضمنه ألفي درهم وقت البيع وبين أن يضمنه ألف درهم وقت الغصب؟

قال بعض مشايخنا: يثبت، وهذا غير سديد، لأن التخيير بين القليل والكثير عند اتحاد الذمة من باب السفه، بخلاف التخيير بين البائع والمشتري عند أبي حنيفة ـ رحمه الله ـ، لأن هناك الذمة مختلفة، فمن الجائز أن يكون أحدهما مليًا والآخر مفلساً، فكان التخيير مفيداً وبخلاف القتل؛ لأن ضمان القتل ضمان الدم، وأنه مؤجل إلى ثلاث سنين، وضمان الغصب ضمان المال، وأنه حال فكان التخيير مفيداً.

ثم إذا ضمن المالك الغاصب قيمة المغصوب وقت الغصب أو وقت البيع والتسليم ـ جاز البيع، لأنه تبين أنه باع مِلْك نفسه والثمن له؛ لأنه بَدَل ملكه، وإن ضمن المشتري قيمته وقت القبض بطل البيع، ورجع المشتري بالثمن على البائع؛ لأنه تبين أنه أخذه بغير حقٍّ، وليس له أن يرجع على البائع بالضمان.

ولو غصب من إنسان شيئاً جاء آخر وغصبه منه، فهلك في يده ـ فالمالك بالخيار إن شاء ضمن الأول، وإن شاء ضمن الثاني.

أما تضمين الأول، فلوجود فعل الغصب منه وهو تفويت يد المالك.

وأما تضمينه الثاني، فلأنه فَوّت يد الغاصب الأول ويده يد المالك من وجه، لأنه يحفظ ماله ويتمكّن من رده على المالك، ويستقر بهما الضمان في ذمته، فكانت منفعة يده عائدة إلى المالك فأشبهت[2] يد المودع، وقد وجد من كل واحد منهما سبب وجوب الضمان، إلا أن المضمون واحد، فخيرنا المالك لتعين[3] المستحق، فإن اختار أن يضمن الأول رجع بالضمان على الثاني، لأنه ملك المغصوب من وقت غصبه، فتبين أن الثاني غصب ملكه، وإن اختار تضمين الثاني لا يرجع على أحد، لأنه ضمن بفعل نفسه، وهو تفويت يد المالك من وجه على ما بينا؛ وكذلك إن استهلكه الغاصب الثاني، ومتى اختار تضمين أحدهما، هل يبرأ الآخر عن الضَّمان بنفس الاختيار؟.

---

(١) في أ: التمليك. (٢) في أ: فأشبه. (٣) في أ: لعين.

ذكر في «الجامع» أنه يبرأ، حتى لو أراد تضمينه بعد ذلك لم يكن له ذلك. وروى ابن سماعة ـ رحمه الله ـ في «نوادره» عن محمد: أنه لا يبرأ ما لم يرض من اختار تضمين أو يقضي به عليه.

وجه رواية «النوادر»: أن عند وجود الرِّضا أو القضاء بالضمان صار المغصوب ملكاً للذي ضمنه، لأنه باعه منه، فلا يملك الرجوع بعد تَمْلِيكه، كما لو باعه من الأول، فأما قبل وجود الرِّضا أو القضاء بالضمان ـ صار المغْصوب ملكاً للذي ضمنه، لأنه باعه منه، فلا يملك الرُّجوع بعد تمليكه، كما لو باعه من الأول. فأما قبل وجود الرِّضا أو القضاء فلم يوجد منه التمليك من أحدهما، فله أن يملكه من أيهما شاء.

وجه رواية «الجامع»: ما ذكرنا أنه باختياره تَضْمِين الغَاصِب الآخر أظهر أنه راض بأخذ الأول، وأنه بمنزلة المودع، وباختيار تضمين الأول أظهر أن الثاني ما أتلف عليه شيئاً، لأنه لم يفوت يده، والله سبحانه وتعالى أعلم.

ولو باع الغاصب المغصوب من الثاني فهلك في يده ـ يتخير المالك فيضمن أيهما شاء، فإن ضمن الغاصب جاز بيعه والثمن له لما ذكرنا، وإن ضمن المشتري بطل البيع، ولا يرجع بالضمان على البائع، ولكنه يرجع بالثمن عليه لما ذكرنا، وكذلك لو استهلكه المشتري.

ولو كان المغصوب عبداً فأعتقه المشتري من الغاصب، ثم أجاز المالك البيع ـ نفذ إعتاقه استحساناً.

وعند محمد وزفر ـ رحمهما الله ـ: لا ينفذ قياساً، ولا خلاف في أنه لو باعه المشتري ثم أجاز المالك البيع الأول ـ أنه لا ينفذ البيع الثاني وجه القياس: ما رُوِيَ عن رسول الله ﷺ أنه قال: «**لا عِتْقَ فِيمَا لا يَمْلِكُهُ ابْنُ آدَمَ**»[1] ولا مِلْك للمشتري في العبد، لأنه ملك المغْصُوب منه، فلا ينعقد إعتاقه فيه، فينفذ عليه عند الإجازة، ولهذا لم ينفذ بيعه.

وجه الاستحسان: أن إعتاق المشتري صادف ملكاً على التوقف، فينعقد على التوقف، كالمشتري من الوارث عبداً من التركة المستغرقة بالدَّين إذا أعتقه ثم أبرأ الغرماء الميت عن ديونهم.

والدليل على أن الإعتاق صادف ملكاً على التوقف: أن سبب الملك انعقد على التوقُّف، وهو البيع المطلق الخالي عن الشَّرط ممن هو من أهل البيع في محلٍّ قابل، إلا أنه لم ينفذ دفعاً للضرر عن المالك، ولا ضرر عليه في التوقُّف فيتوقف، وإذا توقَّف سبب الملك يتوقَّف الملك فيتوقف الإعتاق، بخلاف البيع فإنه يعتمد شروطاً أخر.

---

(١) تقدم تخريج الحديث.

ألا ترى أنه لا يجوز بيع المنقول قبل القبض مع قيام الملك لمعنى الغرر، وفي توقف نفاذ/ . البيع [الثاني على][1] الأول تَحْقِيق معنى الغرر. ٢/٢٧٦ب

ولو أودع الغاصب المغصوب فهلك في يد المودع يتخير المالك في التضمين؛ فإن ضمن الغاصب لا يرجع بالضمان على أحد؛ لأنه تبين أنه أودع ملك نفسه، وإن ضمن المودع يرجع على الغاصب، لأنه غره بالإيداع، فيرجع عليه. بضمان الغرر[2] وهو ضمان الالتزام في الحقيقة.

ولو استهلكه المودع فالجواب على القلب من الأول: أنه إن ضمن الغاصب، فالغاصب برجع بالضمان على المودع، لأنه تبين أنه استهلك ماله، وإن ضمن المودع لم يرجع على الغاصب، لأنه ضمن بفعل نفسه فلا يرجع على أحد.

ولو آجر الغاصب المغصوب أو رهنه من إنسان، فهلك في يده ـ يتخير المالك فإن ضمن الغاصب لا يرجع على المستأجر والمرتهن، لأنه تبين أنه آجر ورهن ملك نفسه، إلا أن في الرهن يسقط دين المرتهن على ما هو حكم هلاك الرهن، وإن ضمن المستأجر أو المرتهن يرجع على الغاصب بما ضمن، والمرتهن يرجع بدينه أيضاً.

أما رجوع المرتهن بالضمان فلا شك فيه، لصيرورته مغروراً، وأما رجوع المستأجر، فلأنه وإن استفاد ملْك المنفعة لكن بعوض وهو الأجرة، فيتحقق الغرور فأشبه المودع.

ولو استهلكه المستأجر أو المرْتَهن يتخير المالك، إلا أنه إن ضمن الغاصب يرجع على المستأجر والمرتهن، لأنه تبين أنه آجر ملك نفسه ورهن ملك نفسه، فاستهلكه المستأجر والمرتهن، وإن ضمن المستأجر أو المرتهن لم يرجع على أحد، لأنه ضمن بفعل نفسه، والله سبحانه وتعالى أعلم.

ولو أعاره الغاصب فهلك في يد المستعير، يتخير المالك، وأيهما ضمن لا يرجع بالضَّمانَ على صَاحِبه.

أما الغاصب فلا شكَّ فيه، لأنه أعار ملك نفسه فهلك في يد المسْتَعير وأما المستعير، فلأنه استفاد ملك المنفعة فلم يتحقق الغرور، والله تعالى أعلم.

---

(١) سقط من ط.

(٢) في أ: الغرور.

وعلى هذا تخرج منافع[1] الأعيان المنقولة المغصوبة أنها ليست بمضمونة عندنا، وعند

(١) اختلف الفقهاء في المنافع، هل تعتبر مالاً أم لا؟ فذهب الحنفية إلى أنها لا تعتبر مالاً، وذهب الجمهور إلى اعتبارها من الأموال احتج الجمهور بما يأتي: **أولاً**: إن الفقهاء قد اتفقوا على أن المنافع يصح أن تكون مهراً في النكاح، وهذا دليل على ماليتها، إذ النكاح لم يشرع إلا بالمال، قال تعالى ﴿وأحل لكم ما وراء ذلكم أن تبتغوا بأموالكم﴾.

ثانياً: إن الأعيان لا تصير مالاً إلا باعتبار الانتفاع بها فإذا كان هي المقياس الذي تقاس به المالية فكيف تنعدم المالية فيها.

ثالثاً: إن الناس قد اعتادوا تمول المنفعة بالتجارة فيها بأن يستأجر المرء جملة ويؤجر متفرقاً، كما اعتادوا الشراء جملة والبيع متفرقاً، ومثل هؤلاء يطلق عليهم في العرف أنهم متمولون مع أن رأس مالهم هو المنفعة وهذا يدل على أن العرف العام يعتبر المنافع أموالاً.

رابعاً: إن العقد يرد عليها وتضمن به صحيحاً كان العقد أو فاسداً، وهذا دليل على ماليتها، إذ لو لم تكن مالاً في ذاتها ما قبلها العقد مالاً لأن العقود لا تقلب حقائق الأشياء بل تقرر خواصها.

وقد نوقش الدليل الأول بأن المنفعة أينما صحت أن تكون صداقاً بسبب تراضي المتعاقدين في النكاح، والمنافع تصير مالاً بالتراضي.

ونوقش الدليل الثاني بأن كون المنفعة هي المقياس للمالية لا يدل على أنها مال متقوم بدليل أن قيمة الطيب تتفاوت بتفاوت الرائحة، ولم يدل هذا على أن الرائحة مال متقوم إذ لا تصح إجارة الطيب لأجل الرائحة باتفاق.

يتجه على مناقشة الدليل الأول ما قدمناه من أن العقود لا تقلب حقائق الأشياء بل تقرر خواصها، على أن التراضي في باب العدوان موجود من وجه، إذ مطالبة المالك بالضمان فرع الرضا بما يفرض له من تعويض مالي، وقد اعتبر الحنفية هذا الوجه تجارة عن تراض في طلب المالك الضمان عند تغييب الغاصب العين المنصوبة.

ويتجه على مناقشة الدليل الثاني أن الفقهاء لم يعتبروا رائحة الطيب من المنافع بدليل اتفاقهم على عدم استئجار الطيب لأجلها، فالرائحة خارجة عن محل النزاع فلا تصلح سنداً لهم.

واستدل الحنفية بما يأتي: **أولاً**: إن المال لا بد فيه من الادخار والإحراز بدليل أنه يقال فلان متمول إذا كان له مال محرز مدخر، ولا يقال له متمول بالمأكول والمشروب إذا لم يكن له شيء مدخر، وإذا كان كذلك فلا يمكن إحراز المنافع قبل وجودها لأنها معدومة ولا بعد وجودها لأنها لا تبقى وقتين بلا تكسب آن بعد آن، وبعد الاكتساب تتلاشى وتفنى فلا يبقى لها وجود.

ثانياً: لو كانت المنافع أموالاً لما جاز للمريض أن يعير جميع أمواله، إذ لا تنفذ تبرعاته إلا من الثلث.

يتجه على الدليل الأول أنه لا دليل على أن الإحراز والادخار ركن في المال سوى العرف، وهو معارض بمثله بالعرف الذي قدمناه.

أما الدليل الثاني فنرى فيه أن حق الوارث إنما يتعلق بالعين دون المنفعة. وحقه في العين محفوظ، لأنه من المقرر شرعاً أن الإعارة تنفسخ بموت المعير وبذلك تعود العين إلى الوارث.

ومما تقدم نرى أنا حجية القول باعتبار المنافع أموالاً، ولئن سلم أنها ليست بأموال فلا أقل من أن تلتحق بالأموال وتأخذ حكمها كما صرحوا به في العقود من أنها جعلت مالاً أو ألحقت بالأموال لمكان الحاجة إليها في العقود إذ ما دامت الحاجة هي المناط في جعلها مالاً أو إلحاقها بالأموال فالحاجة متحققة في =

....

= باب العدوان صيانة لأموال الناس وحرصاً على ثمراتها أن تكون نهبة للمعتدين يتمتعون بها ويحرم منها أصحابها في غير مقابل ولا تعويض هذا ـ وتعتبر المنافع في عرف القانون أموالاً إذ إنها تشمل المنازل والأراضي وأثاث المنزل والإيرادات، وحقوق الارتفاق، وحق الانتفاع وحقوق المؤلفين وغير ذلك.

إذا تمهد هذا نقول: تتنوع المنافع باعتبار ما تنشأ عنه إلى أنواع كثيرة منها منافع الأموال ومنها منافع البضع، ومنها منافع الحر، ونتكلم الآن على منافع الأموال فنقول:

تنقسم المنافع إلى قسمين: **الأول** منافع محرمة كمنافع الملاهي وهذه لا تضمن بإجماع الفقهاء نظراً لحقارتها كما لا تضمن الأشياء البخسة.

الثاني: منافع مباحة متقومة وهذه قد اختلف الفقهاء في ضمانها: فذهب الشافعي وأحمد إلى ضمانها سواء استهلكها الغاصب «بأن استوفاها لنفسه» أو عطلها على المالك «بأن تركها تذهب سدى» وهو رواية عند المالكية.

وذهب الحنفية إلى عدم الضمان مطلقاً، وهو قول آخر عند المالكية أما المالكية فلهم تفصيل حاصله: أن الغاصب إن قصد غصب الذات ففي ضمان المنافع أقوال: أشهرها أن الغاصب يلزمه الضمان إن استعمل العين المغصوبة أو كراها، ولا يلزمه الضمان إن عطلها: وإن قصد غصب المنفعة دون الذات فإنه يضمنها قولاً واحداً.

ثم الخلاف فيما له منفعة تستباح بعقد الإجارة كالثياب والدواب ونحوها، ومكثت في يد الغاصب مدة تجب الأجرة لمثلها، والمرجع في هذا إلى العرف، فإذا كان العرف جارياً باستئجار بعض الأعيان لمنفعة ما شمل الخلاف هذه المنفعة، وإذا لم يجر باستئجار بعض الأعيان كانت منافعها خارجة عن محل الخلاف، وكذلك يقال في المدة، لأن الضمان مقصود به تعويض الضرر بسبب ما ضاع من المنافع على المالك، فإذا لم يجر العرف بالاستئجار كان معنى ذلك أن المالك لم يصبه ضرر يصح أن يعوض عليه.

استدل القائلون بالضمان بقياس المنافع على الأعيان وذلك من وجهين:

الأول: إن المنافع أموال فيجب ضمانها بالغصب كالأعيان.

الثاني: إن المنافع مضمونة بالعقد الفاسد فتضمن بالغصب كالأعيان ونوقش هذا الدليل بأن المنافع ليست أموالاً، وقد رددنا ذلك فيما تقدم.

استدل القائلون بعدم الضمان بما يأتي:

أولاً: بما رواه أحمد وأبو داود والنسائي والترمذي وابن ماجه عن عائشة رضي الله عنها أن النبي ﷺ قضى أن الخراج بالضمان ووجه الاستدلال: أن الرسول عليه الصلاة والسلام جعل علة الشيء ومنفعته ملكاً لمن في ضمانه ذلك الشيء، والعين المغصوبة في ضمان الغاصب فتكون الغلة ملكاً له فلا يضمنها إذ الإنسان لا يضمن ملك نفسه.

ثانياً: بما روي أن عمر وعلياً رضي الله عنهما حكما بوجوب قيمة ولد المغرور مع حريته ورد الجارية مع عقرها إلى المالك، فلو كانت المنافع مضمونة لحكما بها، لأنهما لا يسكتان عن بيان حق يعلمانه والحكم به خصوصاً مع طلب صاحبه.

ثالثاً: إن المنافع تحدث بعمل الغاصب وكسبه فتكون مملوكة له فلا يضمنها لأن الإنسان لا يضمن ملك نفسه. =

....

= **رابعاً**: إن المنافع لو كانت مضمونة لضمنت إما بالمنافع وإما بالأعيان وكلاهما منتف، أما الأول فلأنه لا قائل بضمانها بالمنافع، وأما الثاني فلأن ضمان العدوان مشروط بالمماثلة، ولا مماثلة بين الأعيان والمنافع لدعم بقائها وبقاء الأعيان.

وقد نوقش الدليل الأول بأن الحديث لم يصح، لأنه انفرد به مخلد به خُفاف ومسلم بن خالد الزنجي وقد طعن فيهما، قال أبو حاتم في مخلد ليس هذا إسناد بمثله تقوم الحجة، وقال النسائي في مسلم ليس بالقوي، وضعفه أبو داود، ولو صح الحديث لكان خالياً من الحجة لأنه ورد في سبب خاص، وهو أن رجلاً اتبع غلاماً فاستغله ثم وجد به عيباً فرده بالعيب، فقال البائع غلة عبدي، فقال النبي ﷺ: «الغلة بالضمان».

ونوقش الدليل الثالث بأن مقتضاه أن يملك المستأجر المنافع من غير أجرة لأن المنافع تحدث بعلمه وكسبه فيملكها والإنسان لا يجب عليه أجرة في مقابل ملكه كما أجيب عن هذا النقاش بأنه قياس صحيح ولكنه ترك استحساناً لحاجة الناس.

هذه هي أدلة القائلين بعدم الضمان وما ورد عليها من مناقشة، ونرى في المناقشة الأولى للدليل الأول، أنها مجرد ادعاء فإن الحديث صحيح وممن صححه الترمذي وابن حبان وابن الجارود والحاكم وابن القطان، ومسلم بن خالد الزنجي هو شيخ الشافعي، وقد وثقه ابن معين وتابعه عمر بن علي وهو متفق على الاحتجاج به، وللحديث في سنن أبي داود ثلاث طرق اثنتان منها رجالهما رجال الصحيح وعلى ذلك فالحديث صالح للاحتجاج أما المناقشة الثانية بقصر الحديث على سبب خاص فيمكن أن تدفع بأن العبرة بعموم اللفظ لا بخصوص السبب، ولكنا نرى أنه لا عموم هنا، لأن «أل» في الحديث: للعهد وليست للاستغراق إذ جواب الرسول عليه الصلاة والسلام ورد على غلة مخصوصة معهودة فينصرف الجواب إليها، يوضح ذلك أن «أل» انفردت من بين صيغ العموم باحتمالها للاستغراق واحتمالها للعهد، وبعبارة أخرى أن «أل» تحتمل العموم وتحتمل الخصوص فورود الجواب بصيغة تحتمل الخصوص على غلة مخصوصة معهودة للسامع قرينة في انصراف الغلة في نص الحديث إلى ما سأل عنه السائل، وهو غلة المبيع.

على أن الدليل «على فرض إنتاجه» لا يثبت للشيخين عدم الضمان في منافع العقار لأنه غير مضمون عندهما، ودعواهما عدم الضمان في المنافع مطلقاً سواء كانت منافع عقار أو غيره، فالدليل على هذا أخص من المدعي.

هذه النظرة هي التي حدت بالسرخسي أن يجعل الأولى والأصح في المنافع أن تكون مبنية على الزوائد، ويرى أن المنافع زوائد تحدث شيئاً فشيئاً وأرى عدم وجاهة هذا الرأي لما يأتي:

أولاً: إن الزوائد عند الحنفية ما تولدت من مصدرها تولداً محسوساً، والمنافع ليست من هذا القبيل، كما أنهم يغردون لكل من الزوائد والمنافع بحثاً مستقلاً عن الآخر.

ثانياً: لو كان الأمر كما رأى السرخسي لقال الحنفية بالضمان فيما لو طلب المالك الانتفاع بملكه، فامتنع الغاصب كما قالوا بذلك في الزوائد، ولم يؤثر عن الحنفية إلا القول بعدم الضمان مطلقاً.

أما الدليل الثاني من أدلة القائلين بعدم الضمان فإننا لم نر من ناقشه، ونرى في هذا الدليل أنه أخص من المدعي لأنه كل ما ينتجه هو عدم الضمان في حالة عدم العلم بسبب الغرور الذي وقع فيه الشخص - أما عدم الضمان في حالة العلم بالاعتداء فهذا ما لا ينتجه الدليل، على أن هذا قول صحابي فيما للرأي فيه مجال وهو مختلف في قبول الاحتجاج به، والصحيح أنه ليس بحجة. =

الشافعي رحمه الله: مضمونة، نحو ما إذا غصب عبداً أو دابة فأمسكه أياماً ولم يستعمله، ثم رده على مالكه، لأنه لم يوجد تفويت يد المالك عن المنافع، لأنها أعراض تحدث شيئاً فشيئاً على حسب حُدُوث الزمان، فالمنفعة الحادثة على يد الغاصب لم تكن موجودة في يد المالك، فلم يوجد تفويت يد المالك عنها، فلم يوجد الغصب، وعنده: حد الغصب إثبات اليد على مال الغير بغير إذن مالكه، وقد وجد في المنافع والمنفعة مال، بدليل أنه يجوز أخذ العوض عنها في الإجارة، وتصلح مهراً في النكاح، فتحقَّق الغصب فيها فيجب الضمان.

وعلى هذا يخرج ما إذا غَصَب داراً أو عقاراً، فانهدم شيء من البناء، أو جاء سيل فذهب بالبناء والأشجار، أو غلب المال على الأرض فبقيت تحت الماء - أنه لا ضمان عليه في قول أبي حنيفة - رضي الله عنه - وأبي يوسف الآخر، وعند محمد وهو قول أبي يوسف الأول: يضمن، وهو قول الشافعي - رحمه الله -.

= أما الدليل الثالث فإننا نرى في الجواب عن مناقشته أن الحاجة إلى ضمان المنافع في باب العدوان لا تقل عن الحاجة إلى الإجارة ولسنا بهذا نقيس على ما ورد على خلاف القياس بل نقول إن الضرورة التي خولف من أجلها القياس متحققة في باب العدوان. أما القول بأنه لا حاجة إلى ضمان هذه المنافع عند الاعتداء عليها وسلبها عن مالكها وتركه، بلا تعويض ولا خبراء، فهذا ما لا تعلمه من روح الشريعة.

أما الدليل الرابع فقد نقل ابن القيم عن الشافعية أنه يجوز ضمان المنافع بالمنافع وعلى فرض عدم صحة ذلك عندهم فإننا نختار الشق الثاني وهو أن المنافع تضمن بالأموال كما تقابل المنافع في الإجارة بالأموال، والانفصال من هذا بأن الإجارة مبنية على رضا المتعاقدين ومع وجود الرضا لا يشترط التساوي، مدفوع بأن الرضا متحقق من وجه بطلب الضمان من الغاصب كما قدمنا.

ولعل وجهة نظر المالكية فيما ذهبوا إليه: أن الغاصب باستعمال العين أو كرائها قد استوفى غلة ليست مملوكة له بغير حق شرعي فيجب عليه ضمانها، أما إذا فوتها على مالكها فإنه لا يضمنها لعدم وصول شيء ما إلى جانبه، ولعدم قصده ضياع المنفعة على مالكها.

ولكننا نرى أنه لا فرق بين الاستعمال والتفويت في حصول الضرر بالمالك فكما نظر له بالضمان في حال الاستعمال فلينظر له بالضمان في التفويت أيضاً ولا نظر للغاصب لأنه معتد في الحالتين.

ومما تقدم يظهر أن القول بالضمان أرجح من جهة الدليل ويؤيده أن المصلحة تقتضي المحافظة على أموال الناس وأملاكهم.

وقد أفتى المتأخرون من فقهاء الحنفية بالضمان في منافع الوقف ومال اليتيم والمال المعد للاستغلال، قال في المجتبى: وأصحابنا المتأخرون يفتون بقول الشافعي في المستغلات والأوقاف وأموال اليتامى ويوجبون أجر منافقيها على الغصبة.

وعندي أن الاقتصار على ذلك لا معنى له، فإن أموال الناس متساوية في الحرمة لا يمتاز أحد من الناس على الآخر فكان من الواجب أن يطرد الباب على وتيرة واحد ويفتي بالضمان في منافع جميع الأموال.

ينظر: الغصب لشيخنا عبد العال أحمد عطوة وتبيين الحقائق (٥/ ٢٣٤)، والمبسوط (١١/ ٧٠، ٧٧، ٧٨، ٧٩)، والهداية (٧/ ٣٩٤)، ونيل الأوطار (٥/ ١٨١).

أما الشافعي، فقد مر على أصله في تحديد الغصب أنه إثبات اليد على مال الغير بغير إذن مالكه، وهذا يوجد في العقار كما يوجد في المنقول.

وأما محمد ـ رحمه الله تعالى ـ فقد مرَّ على أصله في حد الغصب أنه إزالة يد المالك عن ماله، والفعل في المال ليس بشرط، وقد وجد تَفْوِيت يد الملك عن العقار، لأن ذلك عبارة عن إخراج المال من أن يكون منتفعاً به في حق المالك، أو إعجاز المالك عن الانتفاع به، وهذا كما يوجد في المنقول يوجد في العقار، فيتحقق الغصب، والدليل عليه مسألة ذكرناها في الرجوع عن الشهادات، وهي أن من ادَّعى على آخر داراً، فأنكر المدّعى عليه فأقام المدّعي شاهدين، وقضى القاضي بشهادتهما ثم رجعا ـ يضمنان، كما لو كانت الدَّعوى في المنقول، فقد سوى بين العقار والمنقول في ضمان الرجوع؛ فدل أن الغصب الموجب للضمان يتحقق فيهما جميعاً.

وأما أبو حنيفة وأبو يوسف ـ رحمهما الله ـ فمرَّا على أصلهما أن الغصب إزالة يد المالك عن ماله بفعل في المال، ولم يوجد في العقار.

والدليل على أن هذا شرط تحقق الغصب: الاستدلال بضمان الغصب، فإن أخذ الضمان من الغاصب تفويت يده عنه بفعل الضمان، فيستدعي وجود مثله منه في المغصوب ليكون اعتداء بالمثل، وعلى أنهما إن سلما تحقق الغصب في العقار، فالأصل في الغصب ألاّ يكون سبباً لوجوب الضمان، لأن أخذ الضمان من الغاصب إتلاف ماله عليه.

ألا ترى أنه تزول يده وملكه عن الضمان، فيستدعي وجود الإتلاف منه إما حقيقة أو تقديراً، لأن الله سبحانه وتعالى لم يشرع الاعتداء إلا بالمثل قال الله سبحانه وتعالى: ﴿فَمَنِ اعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ﴾ [البقرة: ١٩٤] ولم يوجد هٰهنا الإتلاف من الغاصب لا حقيقة ولا تقديراً.

٢/ ١٢٧٧أ أما الحقيقة فظاهرة، وأما التقدير فلأن ذلك بالنقل والتحويل/ والتغييب عن المالك على وجه لا يقف على مكانه، ولهذا لو حبس رجلاً حتى ضاعب مواشيه وفسد زرعه، لا ضمان عليه، والعقار لا يحتمل النقل والتحويل، فلم يوجد الإتلاف حقيقة وتقديراً، فينتفي[1] الضمان لضرورة النَّص.

وعلى هذا الاختلاف إذا غصب عقاراً فجاء إنسان فأتلفه ـ فالضَّمان على المتلف عندهما؛ لأن الغصب لا يتحقق في العقار فيعتبر الإتلاف.

---

(١) في أ: فينبغي.

وعند محمد: يتحقق الغصب فيه فيتخير المالك، فإن اختار تضمين الغاصب، فالغاصب يرجع بالضمان على المتلف، وإن اختار تضمين المتلف لا يرجع على أحد، لأنه ضمن بفعل نفسه.

وأما مسألة الرُّجوع عن الشهادة: فمن أصحابنا من منعها. وقال: إن محمداً - رحمه الله - بنى الجَوَابِ على أصل نفسه، فأما على قولهما فلا يضمنان، ومنهم من سلم ولا بأس بالتسليم، لأن ضمان الرجوع ضمان إتلاف لا ضمان غصب، والعقار مضمون بالإتلاف بلا خِلاَف.

وعلى هذا يخرج ما إذا غصب صبيًا حراً من أهله، فمات في يده من غير آفة أصابته، بأن مرض في يده فمات أنه لا يضمن، لأنه كون المغصوب مالاً شرط تحقق الغصب، والحر ليس بمال.

ولو مات في يده بآفة بأن عقره أسد أو نهشته حية ونحو ذلك يضمن، لوجود الإتلاف منه تسبيباً والحر يضمن بالإتلاف مباشرة وتسبيباً على ما نذكره في مسائل الإتلاف إن شاء الله تعالى.

ولو غصب مُدَبَّراً فهلك في يده يضمن، لأن المدبر مال متقوم، إلا أنه امتنع جواز بيعه إذا كان مدبّراً مطلقاً، مع كونه مالاً متقوماً، لانعقاد سبب الحرية للحال، وفي البيع إبطال السبب على ما عرف، وكذلك لو غصب مكاتباً فهلك في يده، لأنه عبد ما بقي عليه درهم على لسان رَسُول الله ﷺ، فكان مالاً متقوماً، ومعتق البعض بمنزلة المكاتب على أصل أبي حنيفة، فكان مضموناً بالغصب كالمكاتب، وعلى أصلهما هو حر عليه دين، والحر لا يضمن بالغصب ولو غصب أم ولد إنسان فهَلَكت عنده - لم يضمن عند أبي حنيفة - رضي الله عنه -، وعندهما: يضمن، وأمّ الولد لا تضمن بالغصب ولا بالقبض في البيع الفاسد ولا بالإعتاق، كجارية بين رجلين جاءت بولد فادعياه جميعاً، ثم أعتقها أحدهما - لا يضمن لشريكه شيئاً، ولا تسعى هي في شيء أيضاً عنه، وعندهما: يضمن في ذلك كله كالمدبر.

ولقب المسألة أن أم الولد هل هي متقومة من حيث إنها مال أم لا؟ ولا خلاف أنها متقومة بالقتل، ولا خلاف في أن المدبر متقوم.

وجه قولهما: إنها كانت مالاً متقوماً، والاستيلاد لا يوجب المالية والتقوم، لأنه لا يثبت به إلا حق الحرية [فإنه لا يبطل] المالية والتقوم كما في المدبر.

وجه قول أبي حنيفة - رضي الله عنه: إن الاستيلاد إعتاق، لما روي عن النبي عليه الصلاة والسلام - أنه قال في جاريته مارية: «**أَعْتَقَهَا وَلَدُهَا**» فظاهره يقتضي ثبوت العتق للحال

في جميع الأحكام، إلا أنه تأخر في حق بعض الأحكام؛ فمن ادعى التأخر في حق سقوط المالية والتقوم، فعليه الدليل بخلاف المدبر، لأن التدبير ليس بإعتاق للحال على معنى أنه لا يثبت به العتق للحال أصلاً، وإنما الموجود للحال مباشرة سبب العتق من غير عتق، وهذا لا يمنع بقاء المالية والتقويم، ويمنع جواز البيع لما قلنا.

وعلى هذا يخرج ما إذا غصب جلد ميتة لذمي أو لمسلم، فهلك في يده أو استهلكه ـ أنه لا يضمن، لأن الميتة والدم ليسا بمالٍ في الأديان كلها، ولو دبغه الغاصب وصار مالاً، فحكمه نذكره في موضعه إن شاء الله تعالى.

وعلى هذا يخرج ما إذا غصب خمراً لمسلم أو خنزيراً له، فهلك في يده ـ أنه لا يضمن، سواء كان الغاصب مسلماً أو ذمياً، لأن الخمر ليست بمال متقوم في حق المسلم وكذا الخنزير، فلا يضمنان بالغصب، ولو غصب خمراً أو خنزيراً لذمي فهلك في يده يضمن[1]

(١) اتفق الفقهاء على أنه يجب الضمان بغصب مال الذمي إذا لم يكن خمراً أو خنزيراً أما إذا كان خمراً أو خنزيراً وغصبه مسلم أو ذمي فقد اختلف الفقهاء في الضمان وعدمه.
فذهب الحنفية والمالكية إلى القول بالضمان وأن الواجب في الضمان هو القيمة لا المثل إذا كان الغاصب مسلماً.
وذهب الشافعية والحنابلة إلى عدم الضمان.
استدل الحنفية والمالكية بما يأتي:
أولاً: بما رواه أبو عبيد أن بلالاً قال لعمر بن الخطاب: إن عمالك يأخذون من أهل الجزية الخمر والخنازير في الخراج فقال: لا تأخذوها منهم ولوهم بيعها وخذوا أنتم من الثمن، ووجه الاستدلال: أن كلاً من الخمر والخنزير لو لم يكن مالاً متقوماً في حق الذميين لما أمرهم عمر بالبيع فإذا وقع الغصب وقع على مال متقوم فيجب الضمان.
ثانياً: بقول الله تبارك وتعالى ﴿يا أيها الذين آمنوا إنما الخمر والميسر والأنصاب والأزلام رجس من عمل الشيطان فاجتنبوه لعلكم تفلحون﴾. ووجه الاستدلال أن الأمر بالاجتناب متوجه إلى المسلم فقط فنسخ الإباحة الثابتة في صدر الإسلام بالنسبة له وبقيت في حق الكافر على ما كان يعتقد من قبل وإذا كانت مباحة في حقه كانت مالاً متقوماً في حقه فيجب الضمان بغصبها.
ثالثاً: إن الخمر ـ وإن لم تكن مالاً متقوماً ـ بعرضية أن تصير مالاً متقوماً بالتخلل والتخليل، ولا يتوقف الضمان في الغصب على كون المغصوب مالاً متقوماً في الحال بدليل أن غصب المهر والجحش وما لا منفعة فيه يوجب الضمان.
رابعاً: إن المسلمين بعقد الذمة قد التزموا ترك الذميين على ديانتهم إلا ما دل على استثنائه الدليل كالربا والزنا، وقد دانوا شرب الخمر وأكل لحم الخنزير وفي المنقول بالضمان تنفيذ لهذا الالتزام، لأن نفي الضمان يعرضهم لاعتداء السفلة والظلمة على ما تحت أيديهم من خمر وخنزير.
وقد نوقش الدليل الأول: بأن زيادة «وخذوا أنتم من الثمن» وردت من طريق ضعيف فإن في إسناد هذه الزيادة إسرائيل وهو ضعيف، ولو صحت هذه الزيادة فلا حجة لأحد دون رسول الله ﷺ. =

....

= ونوقش الدليل الثاني بمنع توجه الأمر بالاجتناب إلى المسلم خاصة، بل الأمر به متوجه إلى المسلم والكافر معاً وذلك لما تقرر من أن الكفار مخاطبون بفروع الشريعة ـ وأجيب عن هذا النقاش بأن كون الكفار مخاطبين بفروع الشريعة محله فيما يحتمل الخطاب التعميم لهم، أما فيما لا يحتمله كما معنا هنا فلا يكونون مخاطبين بذلك، إذ الخطاب متوجه إلى المؤمنين خاصة فتبقى الإباحة في حق الكافر على ما كانت عليه من قبل.

هذه أدلة القائلين بالضمان وما ورد على بعضها من نقاش، وترى في مناقشة الدليل الأول أنه لو صح ما نقل من ضعف هذه الزيادة فإن قوله «ولوهم بيعها» كاف في الاستدلال، إذ إقراره لبيعها دليل على أنها مال عندهم، ويؤيده ما رواه أبي عبيد عن عبد الله بن عمرو عن الليث بن أبي سليم أن عمر كتب في عماله بأمرهم بقتل الخنازير وتقتضي أثمانها لأهل الجزية من جزيتهم، فلو لم يرها مالاً من أموالهم ما جعلها قصاصاً من الجزية، وقول الصحابي حجة فيما مجال للرأي فيه، وليس للرأي مجال في تقوم الأشياء وعدم تقومها لأن ذلك يستفاد من قبل الشارع فقط.

أما الدليل الثالث: فترى أن هذه العرضية غير كافية في إيجاب الضمان عندهم كما هو صريح تعليلهم لعدم الضمان فيمن غصب خمراً من مسلم فتخللت عنده ثم هلكت: بأن الغصب حين وجوده لم ينعقد سبباً لوجوب الضمان على أن ما ليس بمال أصلاً كالتراب الذي لا قيمة له بعرضية أن يصير مالاً متقوماً بضربه لبناً أو تحويله إلى شيء ينتفع به ومع ذلك لا يقول الحنفية بضمانه على أنه لو سلم لهم القول بذلك في الخمر فما هي العرضية في الخنزير التي تصيره مالاً متقوماً.

ونرى في الدليل الرابع أن القول بالضمان فيه ليس مترتباً على الغصب بل هو حكم ألجأنا إليه عقد الذمة سداً للذريعة، والقول به وإن كان وجيهاً صيانة لعقد الذمة، إلا أنه مخرج للمسألة من باب الغصب إلى أمر آخر.

واستدل الشافعية والحنابلة بأن الذميين تبع لنا في الأحكام، وقد أثبت الشرع لهم ما للمسلمين وأوجب عليهم ما على المسلمين، إلا ما قام الدليل على استثنائه، وقد ثبت عدم التقوم والضمان في حق المسلمين فيثبت مثل ذلك في حق الذميين تبعاً.

ويجاب عن هذا الدليل بأن كونهم أتباعاً لنا في الأحكام ليس على عمومه بل هو مخصوص بما ذكرنا من الأدلة.

ومما تقدم نرى أن القول بالضمان أرجح من غيره ويؤيده من جهة المعنى أن القول بعدم الضمان يفتح الباب للسفهاء وأرباب السوء فيتعرضون لأهل الذمة بغصب أموالهم وإتلافها فينقلب عهد الأمان إلى ضده وبذلك تضيع سماحة الإسلام، وتضعف قيمة ما يعطي من عهود ما فالقول بالضمان داريء لهذا الفساد، وباعث للطمأنينة في قلب من يرتبط مع المسلمين بعهد الذمة والأمان.

وإتماماً للبحث نذكر هنا استطراداً مسألتين:

الأولى: لو غصب إنسان آنية الخمر ضمنها لأنها مال متقوم وجعل الخمر فيها لا يسقط تقومها، كالبيت الذي جعل مخزناً للخمر ـ وعن الحنابلة رواية أخرى بعدم الضمان، لما أخرجه الإمام أحمد عن ابن عمر أن النبي ﷺ «شق زقاق الخمر» ولما رواه الترمذي والدارقطني عن أبي طلحة أن النبي ﷺ أمره بكسر دنان الخمر: وهذا يدل على سقوط حرمتها وإباحة إتلافها فلا يضمنها. =

سواء كان الغاصب ذميًا أو مسلماً، غير أن الغاصب إن كان ذميًا فعليه في الخمر مثلها وفي الخنزير قيمته، وإن كان مسلماً فعليه القيمة فيهما جميعاً، وهذا عندنا.

وقال الشافعي: لا ضمان على غاصب الخمر والخنزير، كائناً من كان.

وجه قوله: إن حرمة الخمر والخنزير ثابتةٌ في حق النَّاس كافة، لقوله سبحانه وتعالى في صفة الخمور: ﴿رِجْسٌ مِنْ عَمَلِ الشَّيْطَانِ﴾ [المائدة: ٩٠] وصفه المحل لا تختلف باختلاف الشَّخْص.

وقوله عليه السلام: «**حُرّمَتِ الخَمْرُ لِعَيْنِهَا**»(١) أخبر ـ عليه السلام ـ كونها محرمة، وجعل علة حرمتها عينها، فتدور الحرمة مع العَيْن، وإذا كانت محرمة لا تكون مالاً، لأن المال ما يكون منتفعاً به حقيقة مباح الانتفاع به شرعاً على الإطلاق.

ولنا: ما روي عنه ﷺ أنه قال في الحَدِيث المعروف: «**فَأَعْلِمُوهُمْ أَنَّ لَهُمْ مَا لِلْمُسْلِمِينَ، وَعَلَيْهِمْ مَا عَلَى المُسْلِمِينَ**»(٢) وللمُسْلِم/ الضمان إذا غصب منه خله وشاته، ونحو ذلك إذا هلك في يد الغاصب، فيلزم أن يكون للذمي الضمان إذا غصب منه خمره أو خنزيره، ليكون لهم ما للمُسْلمين عملاً بظاهر الحديث. ٢/ ٢٧٧ب

= ورد بأن الأمر بكسر الدناق وشق الزقاق كان تغليظاً عليهم في أول الأمر حتى تقطع فيها الطماعية بدليل أن النبي ﷺ أذن في غسل القدور التي طبخ فيها الخمر بعد أن أمر بكسرها، كما رواه البخاري وغيره.
الثانية: لو غصب إنسان آلة من آلات اللهو لا يضمنها عند الصاحبين وأحمد، وذهب أبو حنيفة إلى أنه يضمن قيمتها صالحة لغير اللهو، وهو مذهب الشافعي على تفصيل فيه: احتج الصاحبان وأحمد بما يأتي:
أولاً: بما روي أن النبي ﷺ قال: «بعثت بمحق القينات والمعازف» وهذا دليل على إهدارها وعدم تقومها فلا يجب بغصبها الضمان.
ثانياً: أن هذه الأشياء لو كسرها لم يكن ضامناً لها فلا يضمنها بالغصب من باب أولى، وبيان ذلك أنه مأمور بالكسر لقوله عليه الصلاة والسلام «من رآى منكم منكراً فليغيره بيده» والكسر هو التغيير باليد، والمأمور لا يجب عليه الضمان.
واستدل أبو حنيفة والشافعي بأنه غصب مالاً ينتفع به من وجه آخر سوى اللهو فلا تبطل قيمته لأجل اللهو كما في الأمة المغنية والكبش النطوح والحمامة الطيارة، والديك المقاتل.
وقد ردت أدلة الفريق الأول بأن الضمان للمال الصالح لغير اللهو لا لآلات اللهو للأدلة العامة التي توجب المحافظة على مال الغير، والأمر بالتغيير باليد إلى الحكام لقدرتهم عليه، ولغيرهم باللسان.
ينظر: الغصب لشيخنا عبد العال أحمد عطوة.

(١) تقدم.
(٢) تقدم في الجزية.

وأما الكلام في المسألة من حيث المَعْنَى فبعض مَشَايخنا قالوا: الخمر مباح في حقِّ أهل الذمة وكذا الخنزير، فالخمر في حقهم كالخلّ في حقنا، والخنزير في حقِّهم كالشاة في حقِّنا في حق الإباحة شرعاً، فكان كل واحد منهما مالاً متقوماً في حقِّهم.

ودليل الإباحة في حقهم أن كل واحدٍ منهم منتفع به حقيقة، لأنه صالح لإقامة مصْلحة البقاء، والأصل في أسباب البقاء هو الإطلاق، إلا أن الحُرْمة في حق المُسْلم تثبت نصًّا غير معقول المَعْنَى، أو معقول المعنى لمعنى لا يوجد هٰهنا أو يوجد، لكنه يقْتَضي الحل لا الحرمة، وهو قوله تعالى: ﴿إِنَّمَا يُرِيدُ الشَّيطَانُ أَنْ يُوقِعَ بَيْنَكُمُ العَدَاوَةَ وَالبَغْضَاءَ فِي الخَمْرِ وَالمَيْسِرِ وَيَصُدَّكُمْ عَنْ ذِكْرِ الله وَعَنِ الصَّلاَةِ فَهَلْ أَنْتُمْ مُنْتَهُونَ﴾ [المائدة: ٩١] لأن الصدَّ لا يوجد في الكفرة، والعداوة فيما بينهم واجب الوقوع، ولأنها سبب المنازعة والمنازعة سبب الهلاك، وهذا يوجب الحل لا الحرمة، فلا تثبت الحُرْمة في حقِّهم، وبعضهم قالوا: إن الحُرْمَة ثابتة في حقِّهم كما هي ثابتة في حق المسلمين، لأن الكفار فمخاطبون بشرائع هي حرمات عندنا، وهو الصَّحيح من الأقوال على ما عرف في «أصول الفقه».

وعلى هذا طريق وجوب الضمان وجْهان:

أحدهما: أن الخمر وإن لم يكن مالاً متقوماً في الحال، فهي بعرض أن تَصِير مالاً متقوماً في الثاني بالتخلل والتخليل، ووجوب ضمان الغصب والإتلاف يعتمد كون المحل المغصوب، والمتلف مالاً متقوماً في الجملة، ولا يقف على ذلك للحال.

ألا ترى أن المهر والجحش وما لا منفعة له في الحال مضمون بالغصب والإتلاف.

والثاني: أن الشرع منعنا عن التعرض لهم بالمنع عن شرب الخمر وأكل الخنزير[(١)] لما روي عن سيدنا علي ـ كرم الله وجهه ـ أنه قال: أمرنا بأن نتركهم وما يدينون، ومثله لا يكذب، وقد دانوا شرب الخمر وأكل الخنزير، فلزمنا ترك التعرض لهم في ذلك وبقي الضمان بالغصب، والإتلاف يفضي إلى التعرض، لأن السفيه إذا علم أنه إذا غصب أو أتلف لا يؤاخذ بالضمان يقدم على ذلك، وفي ذلك منعهم وتعرض لهم من حيث المعنى، والله أعلم.

ولو كان لمسلم خمر غصبها [منه][(٢)] ذمِّي أو مُسْلم، فهلكت عند الغاصب أو خللها [ثم هلكت][(٣)] فلا ضمان عليه ولو استهلكها يضمن خلا مثلها، لأن الغصب حين وجوده لم ينعقد

---

(١) زاد في أ: حساً.

(٢) سقط في ط.

(٣) سقط في ط.

سبباً لوجوب الضمان، ولم يوجد من الغصب صنع آخر، لأن الهلاك ليس من صنعه فلا يضمن، وإن استهلكه فقد وجد منه صنع آخر سوى الغصب، وهو إتلاف خل مملوك للمغصوب منه فيضمن.

ولو غصب مسلم من نصراني صليباً له فهلك في يده ـ يضمن قيمته صليباً، لأنه مقر على ذلك، والله سبحانه وتعالى أعلم.

وعلى هذا يخرج ما إذا استخدَم عبد رجل بغير أمره، أو بعثه في حاجة أو قاد دابة له أو ساقها أو ركبها أو حمل عليها بغير إذن صاحبها ـ أنه ضامن بذلك، سواء عطب في تلك الخدمة أو في مضيّه في حاجته، أو مات حتْفَ أنفه، لأن يد المالك كانت ثابتة عليه، وإذا أثبت يد التصرف عليه فقد فوت يد المالك، فيتحقق الغصب.

ولو دخل دار إنسان بغير إذنه وليس في الدار أحد، فهلك في يده ـ لم يضمن في قولهما[1]، وعند محمد: يضمن، وقد ذكرنا المسألة فيما تقدم، ولو جلس على فراش غيره أو بساط غيره بغير إذنه فهلك المسألة لا يضمن بالإجماع، لأن تفويت يد المالك فيما يحتمل النقل لا يحصل بدون النقل، فلم يتحقق الغصب، فلا يجب الضمان، والله سبحانه وتعالى أعلم.

فصل

وأما حكم الغصب فله في الأصل حكمان: أحدهما يرجع إلى الآخرة.

والثاني يرجع إلى الدنيا.

أما الذي يرجع إلى الآخرة فهو الإثم، واستحقاق المؤاخذة إذا فعله عن علم لأنه معصية، وارتكاب المعصية على سبيل التعمد سبب لاستحقاق المؤاخذة[2]، وقد روي عنه

(١) في أ: قول أبي حنيفة وأبي يوسف.

(٢) الغصب محرم بالكتاب والسنة والإجماع.

أما الكتاب: فقول الله تعالى: ﴿ولاَ تَأكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالباطل وَتُدْلُوا بِهَا إِلَى الحُكّام لِتَأكُلُوا فَرِيقاً مِنْ أَمْوَالِ النَّاس بِالإِثْم وَأَنْتُمْ تَعْلَمُونَ﴾ ـ وقول الله تعالى: ﴿يَأَيُّهَا الَّذِينَ آمنوا لا تَأْكُلوا أَمْوَلَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إلاَّ أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تراضٍ مِنْكُمْ﴾.. والغصب ضرب من أكل أموال الناس بالباطل، فيكون محرماً.

وأما السنة: فما رواه البخاري، وغيره، عن أبي بكرة، أن رسول الله ﷺ قال في خطبة له يوم النحر «فإن دماءكم، وأموالكم عليكم حرام، كحرمة يومكم هذا، في شهركم هذا، في بلدكم هذا، إلى يوم تلقون ربكم» وما رواه أبو إسحاق الجوزجاني بسنده، عن النبي ﷺ أنه قال: «لا يحل مال امرىء مسلم، إلا =

عليه الصلاة والسلام أنه قال: «**مَنْ غَصَبَ شِبْراً مِنْ أَرْضٍ طَوَّقَهُ الله تَعَالَىٰ مِنْ سَبْعِ أَرَضِينَ يَوْمَ القِيَامَةِ**»[1] وإن فعله لا عن علم، بأن ظن أنه ملكه فلا مؤاخذة عليه، لأن الخطأ مرفوع المؤاخذة شرعاً ببركة دعاء النبي ﷺ بقوله ـ عليه الصلاة والسلام ـ: ﴿رَبَّنَا لاَ تُؤَاخِذْنَا إِنْ نَسِينَا أَوْ أَخْطَأْنَا﴾ [البقرة: ٢٨٦] وقوله عليه الصلاة والسلام: «**رُفِعَ عَنْ أُمَّتِي الخَطأُ وَالنِّسْيَانُ وَمَا اسْتُكْرِهُوا عليْهِ**».

= بطيب نفس منه» ـ وما رواه الطبراني أن رسول الله ﷺ قال: «من غصب شبراً من أرض ـ طوقه يوم القيامة من سبع أرضين» والأحاديث في ذلك كثيرة، قد أوردنا في المقدمة طائفة منها.

وأما الأجماع: فقد اتفق المسلمون على تحريم الغصب، لا يعلم بينهم خلاف في ذلك.

فمرتكبه آثم، يستحق المؤاخذة، إذا كان عالماً بأن المال الذي أخذه ليس له، أما إذا كان يظن أنه ماله، وأخذه ممن هو في يده غلبة وقهراً، أو كان جاهلاً بأن اشترى شيئاً، ثم ظهر استحقاقه ـ فلا إثم ولا عقوبة، لقوله عليه الصلاة والسلام: «رفع عن أمتي الخطأ، والنسيان» لكن يجب الضمان على الآخذ، مراعاة لحق المالك، وحفظاً لما له.

ينظر: الغصب لشيخنا عبد العال أحمد عطوة.

(١) أخرجه مسلم (٦/ ٥٥) كتاب المساقاة، باب تحريم الظلم وغصب الأرض وغيرها الحديث (١٦١١).

من حديث أبي هريرة قال: قال رسول الله ﷺ: «لا يأخذ أحد شبراً من الأرض بغير حقه إلا طوقه الله إلى سبع أرضين يوم القيامة».

وروى البخاري (٥/ ٣٩٣) كتاب المظالم، باب إثم من ظلم شيئاً من الأرض الحديث (٢٤٥٣) وطرفه في (٣١٩٥) ومسلم (٦/ ٥٥) كتاب المساقاة، باب تحريم الظلم وغصب الأرض وغيرها الحديث (١٦١٢)

من حديث أبا سلمة أنه كانت بينه وبين أناس خصومة فذكر لعائشة رضي الله عنها فقالت له: يا أبا سلمة اجتنب الأرض فإن النبي ﷺ قال: «من ظلم قيد شبر من الأرض طوقه من سبع أرضين».

وروى أيضاً البخاري (٥/ ٣٩٣) كتاب المظالم، باب إثم من ظلم شيئاً من الأرض الحديث (٢٤٥٢) وطرفه في (٣١٩٨).

ومسلم (٦/ ٥٣ ـ ٥٤) كتاب المساقاة، باب تحريم الظلم وغصب الأرض وغيرها الحديث (١٦١٠).

والترمذي (٤/ ٢٨ ـ ٢٩) كتاب الديات، باب ما جاء فيمن قتل دون ماله فهو شهيد الحديث (١٤١٨).

من حديث عبد الرحمٰن بن عمرو بن سهل عن سعيد بن زيد بن عمرو بن نفيل عن النبي ﷺ قال: «من ظلم من الأرض شيئاً طوقه من سبع أرضين».

وروى البخاري (٦/ ٤٣٤) كتاب بدء الخلق، باب ما جاء في سبع أرضين الحديث (٣١٩٦) من طريق سالم عن أبيه قال: قال النبي ﷺ «من أخذ شيئاً من الأرض بغير حقه خسف به يوم القيامة إلى سبع أرضين».

وقال الحافظ في التلخيص (٣/ ١١٩):

«وفي الباب عن يعلى بن مرة في صحيح ابن حبان ومسندي أبي بكر بن أبي شيبة وأبي يعلى والمسور بن مخرمة ورواه العقيلي في تاريخ الضعفاء وشداد بن أوس في الطبراني الكبير وحكم أبو زرعة بأنه خطأ وسعد بن أبي وقاص في الترمذي والحكم بن الحارث السلمي في الطبراني أيضاً وأبي شريح الخزاعي فيه وابن مسعود عند أحمد وابنه عباس في الطبراني» ا هـ.

وأما الذي يرجع إلى الدنيا فأنواع، بعضها يرجع إلى حال قيام المغصوب، وبعضها يرجع إلى حال هلاكه، وبعضها يرجع إلى حال نقصانه، وبعضها يرجع إلى حال زيادته.

أما الذي يرجع إلى حال قيامة فهو وجوب رد المغصوب على الغاصب، والكلام في هذا الحكم في ثلاثة مواضع:

٢/٢٧٨أ في بيان/ سبب وجود الرد.

وفي بيان شرط وجوبه.

وفي بيان ما يصير المَالِك بِه مُسْتَرِداً.

أما السبب فهو أخذ مال الغير بغير إذنه، لقوله ـ عليه الصلاة والسلام ـ: **«عَلَى اليَد مَا أَخَذَتْ حَتَّىٰ تَرُدَّ»** وقوله ـ عليه الصلاة والسلام ـ: **«لاَ يَأْخُذْ أَحَدُكُمْ مَالَ صَاحِبِهِ لاَعِباً وَلاَ جَادًا، فَإذا أَخَذَ أَحَدُكُمْ عَصَا صَاحِبِهِ فليردَّ عَلَيهِ»**[1].

ولأن الأخذ على هذا الوجه معصية، والردع عن المعصية واجب، وذلك يرد المأخوذ، ويجب رد الزيادة المنفصلة كما يجب رد الأصل لوجود سبب وجوب الرد فيه[2]، ومؤنة الرد

(١) أخرجه أبو داود (٢/ ٧١٩) كتاب الأدب: باب من يأخذ الشيء على المزاح حديث (٥٠٠٣) والترمذي (٤/ ٤٠٢) كتاب الفتن: باب لا يحل لمسلم أن يروع مسلماً حديث (٢١٦٠) والبخاري في «الأدب المفرد» رقم (٢٤١) وأحمد (٤/ ٢٢١) والدولابي في «الكنى» (٢/ ١٤٥) والبيهقي (٦/ ٩٢) كتاب الغصب: باب تحريم الغصب وأخذ أموال الناس بغير حق، والبغوي في «شرح السنة» (٥/ ٤٤٩ ـ بتحقيقنا) كلهم من طريق ابن أبي ذئب عن عبد الله بن السائب بن يزيد عن أبيه عن جده مرفوعاً وقال الترمذي: هذا حديث حسن غريب لا نعرفه إلا من حديث ابن أبي ذئب والسائب بن يزيد له صحبة قد سمع من النبي ﷺ أحاديث وهو غلام وقبض النبي ﷺ وهو ابن سبع سنين ووالده يزيد بن السائب له أحاديث هو من أصحاب النبي ﷺ وقد روي عن النبي ﷺ والسائب بن يزيد هو ابن أخت نمر ا هـ.

(٢) اتفق الفقهاء جميعاً على وجوب رد المغصوب إلى مالكه، وهذا إجماع لا يعلم لأحد فيه خلاف، وسندهم في ذلك ما يأتي:

أولاً: ما رواه أحمد وأبو داود والترمذي عن السائب بن يزيد عن أبيه قال: قال رسول الله ﷺ «لا يأخذن أحدكم متاع أخيه جادًا ولا لاعباً، وإذا أخذ أحدكم عصا أخيه فليردها عليه»

ثانياً: ما رواه الخمسة إلا النسائي عن الحسن عن سمرة أن النبي ﷺ قال: «على اليد ما أخذت حتى تؤديه».

ورد العين هو الواجب الأصلي في الغصب، ورد المثل أو القيمة مخلص بطريق الخلف، وهذا رأي فريق من الحنفية وعليه الأئمة الثلاثة، وذهب فريق آخر من الحنفية إلى أن الواجب هو المثل أو القيمة ورد العين مخلص بطريق الخلف.

استدل الفريق الأول: بأن الغاصب لا يقبل منه المثل أو القيمة حال قيام العين، فلو كان الواجب الأصلي هو المثل أو القيمة لقبل منه ذلك.

=

على الغاصب؛ لأنها من ضرورات الردّ؛ فإذا وجب عليه الرد وجب عليه ما هو من ضروراته كما في رد العارية.

وأما شرط وُجُوب الرَّد فقيام المغْصوب في يد الغاصب، حتى لو هلك في يده أو استهلك صورة ومعنى أو معنى لا صورة، ينتقل الحكم من الردِّ إلى الضمان، لأن الهالك لا يحتمل الرد.

وعلى هذا يخرج ما إذا كان المغصوب حنطةً فزرعها الغاصب، أو نواة فغرسها حتى صارت شَجَرة، أو بيضة فحضنها حتى صارت دَجَاجة، أو قطناً فغزله، أو غزلاً فنسجه، أو ثوباً فقطعه أو خاطه قميصاً، أو لحماً فشواه أو طبخه، أو شاة فذبحها وشواها أو طبخها، أو

= ونوقش هذا الدليل بأن عدم قبول الضمان حال قيام العين لا يدل على أنه ليس بأصل كالظهر مع الجمعة فإن الظهر هو الأصل والجمعة خلف عنه ولا يصار إليه إلا عند العجز عنه إقامتها.
وأجيب عن هذا النقاش بأن ثبوت ذلك في الجمعة مع الظهر جاء على خلاف القياس فيقتصر عليه.
واستدل الفريق الثاني بأنه يصح الإبراء عن الضمان حال قيام العين، وتصح الكفالة بالمنصوب، ولا تجب الزكاة في مال الغاصب إن بلغ نصاباً فلو كان الواجب الأصلي هو رد العين، لما صح الإبراء إذ الإبراء عن العين لا يصح، ولما صحت الكفالة لأنها لا تصح بالأعيان، ولوجبت الزكاة في النصاب لعدم ما ينتقض به، إذ العين لا تثبت في الذمة.
وقد نوقش هذا الدليل بأن الدين في مسألتي الإبراء والزكاة له شبهة الوجود في الحال، إذ هو بعرضية أن يوجد، والكفالة تصح بالأعيان المضمونة بنفسها، والمغصوب عنها.
هذه هي أدلة الطرفين، وهي كما يرى فروع فقهية، وليس مع أحد الفريقين في الأدلة التي عثرنا عليها نص من كتاب أو سنة، كما أنه ليس مع أحدهما إجماع أو قياس، ولا يظهر لهذا الخلاف ثمرة عملية في مسائل الغصب لاتفاق الطرفين على الفروع التي قدمناها في أدلتهم، كما أننا لم نعثر على فرع من مسائله مختلف فيه مبناه هذا الأصل. والصحيح عندي رأي الفريق الأول لوجهين: «الأول» حديث السائب المتقدم فإنه صريح في إيجاب رد العين على الغاصب ولم يوجب عليه أمراً آخر ـ **الثاني**: ما عهد من أصول الشريعة وقواعدها العامة بإيفاء كل ذي حق حقه كاملاً غير منقوص، ولا يتأتى هذا إلا بتقرير رد العين ابتداء إذ هو أكمل من رد المثل أو القيمة.
ويؤمر الغاصب بالرد على الحالة التي كان عليها أشخاص المغصوب، فلو غصب شخص باباً من دار، أو مزلاجاً من باب أو نافذة أمر برده إلى الحالة التي كان عليها.
وكما يجب على الغاصب رد العين المغصوبة، كذلك يجب عليه رد الزوائد المنفصلة. الحاصلة عنده لأنها نماء مال المغصوب منه فتكون باقية على ملكه.
ويجب رد الزوائد الثمار الطبيعية والصناعية سواء كان الغاصب سيىء النية بأن كان يعلم أن الأصل المغصوب ملك لغيره، أو كان حسن النية بأن ظن أن المال المغصوب ملك له، وذلك مراعاة لحق المالك وحفظاً لماله.
ينظر: الغصب لشيخنا عبد العال أحمد عطوة.

حنطة أو دقيقاً فخبزه، أو سمسماً فعصره، أو عنباً فعصره، أو حديداً فضربه سيفاً أو سكيناً أو صفراً، أو نحاساً فعمله آنية أو تراباً له قيمة فلبنه أو اتخذه خزفاً، أو لبناً فطبخه آجرًا ونحو ذلك ـ أنه ليس للمالك أن يسترد شيئاً من ذلك عندنا، ويزول ملكه بضمان المثل أو القيمة.

وعند الشافعي له ولاية الإسترداد ولا يزول ملكه(١).

---

(١) قيام المغصوب في يد الغاصب وعدم هلاكه شرط لوجوب الرد، فلو هلك المغصوب بآفة سماوية، أو استهلكه الغاصب بأن صرفه في مصالح نفسه انتقل الحكم من الرد إلى الضمان، إذ الهالك لا يحتمل الرد، وهذا الحكم متفق عليه بين الفقهاء لا يعلم بينهم خلاف فيه.
أما إذا تغيرت العين المغصوبة فالتغير على ثلاثة أحوال:
الحالة الأولى: أن تتغير العين بنفسها من غير صنع أحد كأن بصير العنب المغصوب زبيباً، والرطب تمراً، والحكم في هذه الحالة عند الحنفية أن المالك بالخيار إن شاء استرد المغصوب بعينه ولا يرجع بشيء على الغاصب، وإن شاء تركه له وضمنه مثله أو قيمته ـ وقال الحنابلة: على الغاصب أن يرده وأرش نقض إن نقص.
الحالة الثانية: أن تتغير العين المغصوبة بزيادة من مال الغاصب كأن يغصب ثوباً أبيض فيصبغه، أو يغصب دقيقاً فيلته بسمن، وسيأتي حكم هذه الحالة مفصلاً في الباب الثالث.
الحالة الثالثة: أن تتغير العين المغصوبة بصنعة يحدثها بها الغاصب تغيراً يكسبها اسماً آخر غير اسمها الأول، ويزيل به معظم منافعها الأولى، كما لو غصب معدناً أو خشباً فحوله إلى آلات أو أثاث. أو غصب قطناً فغزله أو دقيقاً فطحنه، أو حيواناً فذبحه وأعده للأكل، وقد اختلف الفقهاء في حكم هذه الحالة:
فذهب الحنفية والمالكية إلى زوال ملك المالك منها ويملكها الغاصب، ولا يحل له الانتفاع إلا عند أداء الضمان أو القضاء به أو تراضي الخصمين.
وذهب الشافعية والحنابلة إلى أنه لا يزول ملك المالك عن العين المغصوبة فيأخذها وأرش نقصها إن نقصت، وهو رواية عن أبي يوسف إلا أنه لا يأخذ أرش النقصان في الأموال الربوية، وعنه رواية ثالثة وهي أنه يزول ملك المالك عن العين لكن لا ينقطع حقه فتباع العين التي تغيرت ويشتري بثمنها مثل العين المغصوبة، وإن مات الغاصب فالمغصوب منه أحق به من سائر الغرماء.
وذهبت طائفة إلى أن المالك بالخيار إن شاء أخذ العين وأرش نقصها إن نقصت، وإن شاء ضمن الغاصب مثلها أو قيمتها.
استدل الحنفية والمالكية بما يأتي:
أولاً: بما رواه أبو حنيفة عن عاصم بن كليب الجرمي عن أبي مرة عن أبي موسى أن النبي ﷺ كان في ضيافة رجل من الأنصار فقدم إليه شاة مصلية فأخذ منها لقمة فجعل يلوكها ولا يستسيغها فقال: عليه الصلاة والسلام: «إنها ذبحت بغير حق» فقال الأنصاري: كانت شاة أخي، ولو كانت أعز منها لم ينفس علي بها وسأرضيه بما هو خير منها إذا رجع. فقال عليه الصلاة والسلام، «أطعموها الأسارى». ووجه الاستدلال أن الغاصب لو لم يملك ما تصرف فيه بالصنعة لما أمره بالصدقة إذ الشأن في مال الغير أن تحفظ عينه على مالكه إذا أمكن فإذا لم يمكن بيع وحفظ ثمنه.
ثانياً: إن الغاصب أحدث بالعين صنعة متقومة صيرتها هالكة من وجه بدليل تبدل الاسم وفوات معظم =

....

= المنافع، والصنعة التي أحدثها الغاصب قائمة من كل وجه فتترجح على الفائت من وجه، وعليه يترجح حق الغاصب على المالك.

وقد نوقش الدليل الأول بأن الحديث غير صحيح وغير معروف بهذا اللفظ، وعلى فرض صحة الحديث فهو حجة على الحنفية، لأن الرسول عليه الصلاة والسلام لم يبق الحكم في يد المضيف، ولو ملكه لأبقاه في يده.

ونوقش الدليل الثاني بأن المالك صاحب أصل والصنعة وصف تابع فيترجح جانب المالك إذ لا خفاء في ترجح الأصل على التابع.

هذا ـ ونرى أن مناقشة الدليل الأول بأن الحديث غير صحيح لا تقوم على أساس، لأن المدار في هذا الحديث على عاصم بن كليب، وعاصم هذا قد وثقه النسائي وابن معين، وأخرج له مسلم وقال فيه أحمد، لا بأس به، وعلى هذا فالحديث صالح للاحتجاج.

أما كون الحديث غير معروف بهذا اللفظ فقد روي بلفظ قريب منه لا يتغير به وجه الاستدلال، وهو ما رواه أحمد وأبو داود والدارقطني عن عاصم بن كليب أن رجلاً من الأنصار قال: خرجنا مع النبي ﷺ فلما رجع استقبله داعي امرأة فجاء وجيء بالطعام فوضع يده ثم وضع القوم فأكلوا فنظر أباؤنا رسول الله ﷺ يلوك لقمة في فمه، ثم قال «أجد لحم شاة أخذت بغير إذن أهلها» فقالت المرأة يا رسول الله إني أرسلت إلى البقيع يشتري لي شاة فلم أجد فأرسلت إلى جار لي قد اشترى شاة أن أرسل بها إلي بثمنها فلم يوجد [لم يعطني ما طلبت] فأرسلت إلى امرأته فأرسلت إليّ بها، فقال رسول الله ﷺ: «أطعميه الأسارى» وفي لفظ للدارقطني أني لأجد لحم شاة ذبحت بغير إذن أهلها فقالت يا رسول الله أخي ـ وأنا من أعز الناس عليه ولو كان خيراً منها لم يغير علي أو على أن أرضيه بما هو أفضل منها، فأبى أن يأكل منها وأمر بالطعام للأسارى.

أما أن الرسول عليه السلام لم يبق اللحم في يد المضيف فيدل ذلك على عدم ملكه، فيمكن دفع ذلك بأن الأمر بالصدقة دليل على الملك، لأنها تصرف والتصرف لا يجوز إلا في الملك، والحكمة في أمر الرسول عليه الصلاة والسلام بالتصدق أن الداعي قد ملك الشاة ملكاً خبيثاً، إذ أخذها وتصرف فيها بغير إذن صاحبها، فلما كان هذا الخبث أمره بالصدقة، لأن الرسول عليه السلام لا يرضى للمسلمين إلا بالحالة المثلى.

وعندي أن الدليل بعد هذا لا يثبت للحنفية مدعاهم، فإذا استفادة الملك للغاصب يحتمل أن تكون بسبب استهلاك العين كما يدل لذلك رواية إلى داود «فأكلوا منها» وبالأكل لم يتق العين قائمة حتى يمكن ردها، لأن صاحبها لا يصل إليه عين حقه، فينتقل الحكم إلى الضمان وهذا محل متفق عليه، بل الدليل أوضح في هذا من غيره، وما دام الدليل محتملاً فلا يصلح حجة في موضع النزاع.

أما مناقشة الدليل الثاني فقد أجاب عنها الحنفية بأن هذا ترجيح بالبقاء وترجيح الغاصب بالذات، وإذا تعارض الترجيح بالذات، والترجيح بالبقاء، قدم الترجيح بالذات ـ وقد قالوا في توضيح ذلك ما يأتي: إن كلاً من الوصف الحادث والأصل متقوم ولا سبيل إلى إبطال أحد الحقين ولا إلى إثبات الشركة بينهما لاختلاف الجنسين، فلا بد من تملك أحدهما بالقيمة فرجحنا حق الغاصب، لأنه باعتبار الوجود وهو معنى راجع إلى الذات، أما حق المغصوب منه فهو باعتبار بقاء الصنعة بالمغصوب والبقاء حال بعد الوجود. =

....

= ويمكن أن يقال ردًا على هذا: إن هذه الصنعة لو حدثت بطريق مشروع لم يملك الصانع العين مع إمكان أن يقال فيها ما قيل في المسألة المتنازع فيها فكيف يملكها أن حدثت بطريق غير مشروع.
واستدل الشافعية والحنابلة بما يأتي:
أولاً: إن مال المغصوب منه قائم في يد الغاصب فيجب عليه رده كما لو ذبح الشاة ولم يشوها.
ثانياً: إن الملك لا يزول بغير فعل الآدمي، كما لو هبت الريح فألقت الحنطة في طاحونة فلا يزول هذا الملك بفعل الآدمي.
ثالثاً: إن فعل الغاصب في العين المغصوبة محظور، والفعل المحظور لا يناط به الملك، لأن الملك نعمة وكرامة وهما لا يترتبان على ارتكاب المعاصي والمحظورات.
ونوقش الدليل الأول بأن المال المغصوب ليس قائماً من كل وجه، لأنه تعلق، صنعة متقومة صيرته هالكاً من وجه، والقياس على الشاة المذكورة قياس مع الفارق، لأنه لم يفت منها معظم منافعها، والكلام مفروض فيما لو فاتت معظم منافعها الأولى.
ونوقش الدليل الثاني بأنه قياس مع الفارق فإن المقيس عليه لم يتحقق فيه عمل الصانع بخلاف المقيس.
ونوقش الدليل الثالث بأن الفعل في العين سبب للملك من حيث إنه إحداث صنعة متقومة لا من حيث إنه محظور واستدل أبو يوسف «في الرواية الثالثة» بالأدلة المتقدمة للحنفية على زوال الملك، وزاد على ذلك أن يده وملكه قد زالا بسبب لم يرض به ولو زال ملكه بسبب هو راض به «كالبيع قبل قبض الثمن» لم ينقطع حقه فهذا أولى.
مما تقدم ترى أن الأدلة التي سقناها للطرفين محل مناقشة، ولعل أعدل هذه الأقوال التي رآها الفقهاء في المسألة قول من يثبت الخيار للمالك إذ هو صاحب الأصل، وقد اعتدى عليه فيجب أن توسع له دائرة الحكم بما يوافق مصلحته وذلك بترك الخيار له. فإن اختار أخذ العين: فلأن ماله باقٍ من وجه وفي منعه منه ضرر، إذ قد يكون له فيه مصلحة وإنه اختار تضمين الغاصب فلأن منافع حاله قد فاتت فكان له حق العدول إلى ما يقوم مقام ماله وذلك بإيجاب الضمان.
ولكن يلاحظ على هذا الرأي أنه قد أهدر حق الغاصب في عمله وصنعته إلى حدّ ما فيما لو اختار المالك أخذ العين وهذه النظرة فيها شيء من الإجحاف بالغاصب، لأن الظالم وإن ظلم لا يظلم بل ينتصف منه ويكفي في الزجر والردع تعزيره بالحبس والتأديب.
وقد كان يمكن الذهاب إلى ما يحفظ حق المالك والغاصب معاً وذلك بإثبات الخيار للمالك مع ضمانه قيمة الصنعة فيما لو اختار أخذ العين، لولا ما يمنع منه وهو أن المذاهب المختلفة لم تذهب إلى مثل هذا الرأي وقد قالوا إنه إذا أجمع على قولين لا يجوز إحداث ثالث. ولكن إن جرينا على المذهب القائل بجواز إحداث قول آخر مطلقاً وهو لبعض الحنفية والظاهرية وغيرهم ساغ لنا أن نذهب إلى هذا القول، إذ هو الذي يجمع بين وجهات النظر المختلفة ولا يلحق ضراراً أو حيفاً بكل من المالك والغاصب.
ويستثنى الإمام أبو حنيفة من الأصل المتقدم ما لو غصب ذهباً أو فضة فضربها دراهم أو دنانير، أو صاغ منها حلياً أو آنية أو يقول لا يزول ملك مالكها عنها ولا شيء للغاصب، لأن العين باقية من كل وجه لبقاء الاسم وبقاء الأحكام المتعلقة بالذهب والفضة بعد التحويل، والصناعة فيها غير متقومة إذ لا قيمة لها عند المقابلة بجنسها.
بقي أن الحنفية يخالفون الأصل المتقدم فيما لو غصب نخلة فشقها جذوعاً، فأنهم يقولون للمالك أن =

وجه قوله: إن ذات المغصوب وعينه قائم بعد فعل الغاصب، وإنما فات بعض صفاته، فلا يبطل حق الاسترداد، كما إذا غصب ثوباً فقطعه ولم يخطه، أو صبغه أحمر أو أصفر، لأن الملك في المغصوب كان ثابتاً للمالك، والعارض وهو فعل الغاصب محظور، فلا يصلح سبباً لثبوت الملك له، فيلحق[١] بالعدم، فيبقى المغصوب على ملك المالك، فتبقى له ولاية الاسترداد.

ولنا: أن فعل الغاصب في هذه المواضع وقع استهلاكاً للمغصوب، إما صورة ومعنًى أو معنى لا صورة، فيزول ملك المالك عنه، وتَبْطل ولاية الاسْتِرِدَاد، كما إذا استهلكه حقيقةً ودلالة، تحقق الاستهلاك ـ أن المغصوب قد تبدَّل وصار شيئاً آخر بتخليق الله تعالى وإيجاده، لأنه لم تبق صورته ولا معناه الموضوع له في بعض المواضع ولا اسمه، وقيام الأعيان بقيام صورها ومعانيها المطلوبة منها، وفي بعضها إن بقيت الصورة فقد فات معناه الموضوع له المطلوب منه عادة، فكان فعله استهلاكاً للمغصوب صورة ومعنى أو معنى، فيبطل حق الاسترداد، إذ الهالك لا يحتمل الرد كالهالك الحقيقي، ولأنه إذا حصل الاستهلاك يزول ملك المالك، لأن الملك لا يبقى في الهالك كما في الهالك الحقيقي، فتنقطع ولاية الاسترداد ضرورة، ولأن الاستهلاك يوجب ضمان المثل أو القيمة للمالك، لوقوعه اعتداء عليه أو إضراراً به، وهذا يوجب زوال ملكه عن المغصوب لما نذكره إن شاء الله تعالى.

وإذا زال ملك المالك بالضمان يثبت الملك للغاصب في المضمون، لوجود سبب الثبوت في محل قابل، وهو إثبات الملك على مال غير مملوك لأحد، وبه تبين أن فعله الذي هو سَبَب لثبوت الملك مُبَاح لا حظر فيه، فجاز أن يثبت الملك به، وعلى هذا يخرج ما إذا غصب لبنا أو آجرًا أو ساجةً، فأدخلها في بنائه ـ أنه لا يملك الاسترداد عندنا، وتصير ملكاً للغاصب بالقيمة، خلافاً للشافعي ـ رحمه الله ـ فهو [مرَّ][٢] على أصله المعهود في جنس هذه المسائل: أن فعل الغاصب محظور، فلا يصلح سبباً لثبوت الملك، لكون الملك نعمة وكرامة،

= يأخذ الجذوع لبقاء عين المغصوب وعمل الغاصب ليس إلا تفريق الأجزاء، وأرى أنه لا فرق بين شق النخل وطحن الحنطة، إذ العمل في كل منهما تفريق الأجزاء فقط، والشق صنعة متقومة يستحق العامل فيها الأجر كما يستحق الطحاق.

والاسم قد تغير فيها كما تغير في الحنطة، إذ هي قبل العمل نخلة وبعده جذوع أو خشب، ولعلهم يقولون: إن المنافع التي تقصد منها لم يفت معظمها، لكن هذا غير واضح.

(١) ينظر: الغصب لشيخنا عبد العال أحمد عطوة.

(٢) في أ: فيلتحق.

فالتحق فعله بالعدم شرعاً، فبقي مالك المغصوب منه كما كان[١].

---

(١) سقط في ط.
ذهبت هذه المسألة على قسمين الأول ما يمكن فصل ملك الغاصب عن ملك غيره، ولكن يترتب على ذلك ضرر يلحق الغاصب كما لو غصب خشباً أو حجارة فأدخلها في بنائه، أو غصب لوحاً فأدخله في سفينة وقد اختلف الفقهاء في حكم هذا القسم.
فذهب الحنفية إلى أن الغاصب يملك ذلك بالقيمة.
وذهب الشافعية والحنابلة إلى عدم الملك وعلى الغاصب الرد ولو ترتب على ذلك نقض بنائه، وهو رواية المدونة من مالك.
وذهب المالكية إلى أن المالك بالخيار إن شاء استرد ماله، وإن شاء تركه للغاصب بالقيمة.
استدل الحنفية بأنه في تخليص مال المغصوب منه من مال الغاصب ضرراً بالغاصب وهو ممنوع بالنص، أما حزر المالك بترك المال للغاصب فهو مجبور بالقيمة فلا يعد ضرراً وإن وجد فهو ضرر طفيف لا يقاس بضرر الغاصب فصار كما إذا خاط بالخيط المغصوب بطن آدمي فإنه لا ينزع منه.
واستدل الشافعية والحنابلة بقوله عليه الصلاة والسلام «من وجد عين ماله عند شخص فهو أحق به» ووجه الاستدلال: أن المالك وجد عين ماله عند الغاصب فيكون أحق به، وأحقيته به تنافي الملك للغاصب وقد قالوا إن القياس على خياطة البطن بالخيط المغصوب لا يصح لما فيه من تلف الآدمي وهو منهي عنه وحرمته أعظم من حرمة المال، واستدل المالكية بأن المالك صاحب حق فيترك له الخيار.
الثاني: ما يتعذر فصله أو يمكن فصله بحرج ومشقة، كما في اختلاط الحبوب أو السوائل ببعضها. وقد اختلف الفقهاء في حكم ذلك:
فذهب الحنفية والمالكية إلى أن الغاصب يملك ذلك بالضمان.
وذهب الحنابلة إلى تفصيل حاصله: إن الخلط في هذه المسألة على خمسة أضرب.
الضرب الأول: أن يخلطه بمثله من جنسه كزيت بزيت أو حنطة بمثلها أو دقيق بمثله أو دنانير أو دراهم بمثلها، والحكم في هذه الحالة أن الغاصب يلزمه مثل المغصوب من المختلط لأنه قدر على دفع بعض ماله إليه مع رد المثل في الباقي فلا يصل إلى بدله في الجميع.
الضرب الثاني والثالث والرابع: أن يخلطه بغير منه من جنسه أو بأقل منه من جنسه، أو يخلطه بغير جنسه مما له قيمة، والحكم في هذه الأحوال الثلاثة أن يشترك المالك والغاصب في المخلوط يقرر قيمتهما فيباع الجميع ويرفع إلى كل واحد قدر حقه، لأنه إذا فعل ذلك وصل كل منهما إلى حقه: فإن تراضيا على أن يأخذ المغصوب منه أكثر أو أقل من الخليط بغير الجنس جاز ذلك، لأن البدل من غير الجنس فلا يؤدي إلى الربا، وكذلك لو خلطه بجيد أو رديء، ورضي المغصوب منه أن يأخذ أقل من حقه من الرديء، أو سمح الغاصب برفع أكثر من حقه من الجيد فإنه يجوز، لأنه لا مقابل للزيادة ولو كان العكس لا يجوز، لأنه يؤدي إلى الربا فإن نقص المغصوب عن قيمته منفرداً فعلى الغاصب ضمان النقص لأنه حصل بفعله.
الضرب الخامس: أن يخلط بما لا قيمة له كزيت خلطه بماء أو لبن شابه بماء، والحكم في هذه الحالة أن على الغاصب المثل: والحكم كذلك بأضربه الخمسة فيما لو كان الاختلاط من غير غصب.
وللشافعية تفصيل قريب من تفصيل الحنابلة لا يختلف عنه إلا في القليل.
ينظر: الغصب لشيخنا عبد العال أحمد عطوة.

ولنا: أن المغْصوب بالإدُخال في البناء والتَّركيب صَارَ شيئاً آخر غير الأول؛ لاختلاف المنفعة، إذا المطلوب من المركب غير المطْلُوب من المفرد، فصار بها تبعاً له، فكان الإدخال إهلاكاً معنى، فيوجب زوال ملك المغصوب منه ويصير ملكاً للغاصب، ولأن الغاصب يتضرر بنقض البناء، والمالك وإن كان يتضرر بزوال ملكه أيضاً لكن ضرره دون ضرر الغاصب، لأنه يقابله عوض، فكان ضرر الغاصب أعلى، فكان أولى بالدَّفع، ولهذا لو غصب من آخر خيطاً فخاط به بطن نفسه أو دابته ـ ينقطع حق المالك، كذا هذا.

وذكر الكرخي ـ رحمه الله ـ: أن موضوع مسألة الساجة ما إذا بنى الغاصب في حوالي الساجة لا على الساجة، فأما إذا بنى على نفس الساجة لا يبطل ملك المالك بل ينقض، وهو اختيار الفقيه أبي جعفر الهندواني ـ رحمه الله ـ؛ لأن/ البناء إذا لم يكن على نفس السَّاجة لم يكن الغاصب متعدياً بالبناء، لينقض إزالة للتعدي، وإذا كان البناء عليها كان متعدياً على السَّاجة فيزال تعدِّيه بالنقض، والصحيح أن الجواب في الموضعين، والخلاف في الفصلين ثابت، لأنه كيفما كان لا يمكنه رد الساجة إلا بنقض البناء ولزوم ضرر معتبر. ٢/٢٧٨ب

هذا موضوع المسألة، حتى لو كان يمكنه الرد بدون ذلك لا ينقطع حق المالك بالاتفاق، بل يؤمر بالرد.

ولو بيعت الدار في حياة الغاصب أو بعد وفاته، كان صاحب هذه الأشياء أسوة الغرماء في الثمن، فلا يكون أخص بشيء من ذلك، لأن ملكه قد زال عن العين إلى القيمة، فبطل اختصاصه بالعين.

وكذلك لو غصب خوصاً فجعله زنبيلاً، لا سبيل للمغصوب منه عليه، وهو بمنزلة الساجة إذا جعلها بناء.

ولو غصب نخلة فشقَّها فجعلها جذوعاً، كان له أن يأخذ الجُذُوع، لأن عين المغصوب قائمة، وإنما فرق الأجزاء، فأشبه الثوب إذا قطعه ولم يخطه، ولو غصب أرضاً فبنى عليها أو غرس فيها لا ينقَطِع ملك المالك، ويقال للغاصب: أقلع البناء والغرس وردها فارغة، لأن الأرض بحالها لم تتغير ولم تصر شيئاً آخر.

ألا ترى أنها لم تتركَّب بشيء وإنما جاورها البناء والغرس، بخلاف الساجة، لأنها ركبت وصارت من جملة البناء.

ألا ترى أنه يسمى الكل بناء واحداً، فإن كانت الأرض تنقص بقلع[1] ذلك، فللمالك أن

(١) في أ: بقطع.

يضمَن له قيمة البناء والغرس مقلوعاً، ويكون له البناء والغرس؛ لأنَّ الغاصب يتضرَّر بالمنع من التصرف في ملك نفسه بالقلع، والمالك أيضاً يتضرر بنقصان ملكه، فلزم رعاية الجانبين وذلك فيما قلنا.

ولو غصب تبر ذهب أو فضة، فصاغه إناء أو ضربه دَرَاهم أو دنانير ـ فللمغْصوب منه أن يَأْخُذه ولا يعطيه شيئاً لأجل الصِّياغة على قول أبي حنيفة ـ رحمه الله.

وفي قولهما: لا سبيل له على ذلك وعلى الغاصب مثل ما غصب، وأجمعوا على أنه إذا سبكه ولم يصغه، أو جعله مربعاً أو مطولاً أو مدوراً ـ أن له أن يستردَّه ولا شيء عليه.

وجه قولهما: إن صنع الغاصب وقع استهلاكاً، لأن المغصوب بالصياغة صار شيئاً آخر، فأشبه ما إذا غصب حديداً فاتخذه سيفاً أو سكيناً.

وجه قوله:[1] إن استهلاك الشيء إخراجه من أن يكون منتفعاً به منفعة موضوعة له مطلوبة منه عادة، ولم يوجد هٰهنا، لأن المطلوب من الذهب والفضة الثمنية، وهي باقية بعدما استحدث الصنعة، فلم يتحقق الاستهلاك، فبقي على ملك المغصوب منه.

ولو غصب صفراً أو نحاساً أو حديداً، فضربه آنية ـ ينظر إن كان يُباع وزناً، فهو على الخلاف الذي ذكرنا في الذهب والفضة، لأنه لم يخرج بالضرب والصناعة عن حد الوزن، وإن كان يباع عدداً ليس له أن يسترده بلا خلاف، لأنه خرج عن كونه موزوناً بخلاف الذَّهب والفضة، لأن الوَزْن فيهما أصل لا يتصور سُقُوطه أبداً.

ولو غصب ثوباً فقطعه ولم يخطه، أو شاة فذبحها ولم يشوها ولا طبخها لا ينقطع حق المالك، إذ الذبح ليس باستهلاك بل هو تنقيص وتعييب، فلا يوجب زوال الملك، بل يوجب الخيار للمالك على ما نذكره في موضعه إن شاء الله تعالى.

وأما بيان ما يصير المالك به مسترداً للمغصوب، فنقول وبالله التوفيق. الأصل أن المالك يصير مسترداً للمغصوب بإثبات يده عليه، لأنه صار مغصوباً بتفويت يده عنه، فإذا أثبت يده عليه فقد أعاده إلى يده، فزالت يد الغاصب ضرورة إلا أن يغصبه ثانياً.

وعلى هذا تخرج المسائل: إذا كان المغصوب عبداً فاستخدمه، أو ثوباً فلبسه، أو دابة فركبها أو حمل عليها ـ صار مسترداً له ويبرأ الغاصب من الضمان لما قلنا، سواء علم المالك أنه ملكه أو لم يعلم، لأن إثبات اليد على العَيْن أمر حسي لا يختلف بالعلم أو الجهل، ولهذا

---

(١) في أ: قول أبي حنيفة.

لم يكن العلم شرطاً لتحقق الغصب، فلا يكون شرطاً لبطلانه، وكذلك لو كان طعاماً فأكله لأنه أثبت يده عليه، فبطلت يد الغاصب، وكذا إذا أطعمه الغاصب يبرأ عن الضمان عندنا.

وعند الشافعي رحمه الله: لا يبرأ[(١)].

وجه قوله: إنه غره في ذلك؛ حيث أطعمه ولم يعلمه أنه ملكه، فلا يسقط عنه الضمان.

ولنا: أنه أكل طعام نفسه، فلا يستحق الضَّمان على غيره؛ كما لو كان في يد الغاصب فاستهلكه.

وقوله: «غره الغاصب» ممنوع، بل هو الذي اغترَّ بنفسه، حيث تناول من غير بحث أنه ملكه أو ملك الغاصب، والمغتر بنفسه لا يستحق الضمان على غيره ولو كان المغصوب عبداً

(١) يعتبر المالك مسترداً للعين المغصوبة بإثبات يده عليها، لأنها إنما صارت مغصوبة بإزالة اليد المحقة، أو إثبات اليد المبطلة فإذا ثبتت اليد المحقة على العين المغصوبة زال الغصب حينئذ، ضرورة عدم اجتماع اليد المحقة واليد المبطلة.
فلو كان المغصوب ثوباً أو دابة فلبس المالك الثوب أو حمل على الدابة صار مسترداً للمغصوب وبرىء الغاصب عن الضمان، وكذا لو آجر المالك العين المغصوبة للغاصب، أو آجرها لغيره وسلمها الغاصب إلى المستأجر لأن يد المستأجر يد محقه فتبطل يد الغاصب ضرورة.
فإذا لم تثبت يد المالك فلا يكون مسترداً ولا يبرأ الغاصب عن الضمان كما لو استأجر المالك الغاصب لإصلاح الدار المغصوبة، أو غسل الثوب المغصوب أو رفوه وكيّه، إذ الإجارة لم تقع على العين المغصوبة فلم تثبت يد المالك عليها فلا يزول الغصب.
وكذلك يبرأ الغاصب من الرد بالعرض على المالك بأن يضع أمامه العين المغصوبة بصورة يقدر على أخذها ولا يشترط العلم بكون ما وصل إلى المالك هو العين المغصوبة ويتضح ذلك من المسألة الآتية:
لو غصب إنسان طعاماً ثم أطعمه المالك وهو لا يعلم.
قال الحنفية والمالكية: لا يضمن الغاصب شيئاً، وهو قول الشافعي في الجديد، ورواية عن أحمد.
وذهب الشافعي في القديم إلى الضمان وهو الرواية الأخرى عن أحمد احتج الحنفية ومن وافقهم بما يأتي:
أولاً: أن علم المالك بالغصب ليس معتبراً في حقيقته في الابتداء فلا يكون العمل معتبراً في الانتهاء.
ثانياً: أن المالك قد استهلك طعام نفسه بالأكل فلا يستحق الضمان على أحد.
واستدل من قال بالضمان: بأن الغاصب قد غر المالك حيث أطعمه ولم يعلمه أن المطعوم ماله فلا يسقط عنه الضمان وأجيب بأن المالك هو الذي اغتر بنفسه حيث تناوله من غير بحث عن كونه ملك نفسه أو ملك الغاصب، خصوصاً إذا علم المالك بالغصب والمغتر بنفسه لا يستحق الضمان على أحد.
ويبرأ الغاصب الثاني عن الغصب بالرد إلى المالك لأنه ملكه، وكذا يبرأ بالرد إلى الغاصب الأول، إذ كان المغصوب في حوزته.
ينظر: الغصب لشيخنا عبد العال أحمد عطوة.

فآجره من الغاصب للخدمة، أو ثوباً فآجره منه للبس، أو دابة للرُّكوب وقبل الغاصب الإجارة - بريء عن الضمان، لأن الإجارة إذا صحَّت صارت يد الغاصب على المحل يد إجارة/ وأنها غير محقة،[١] فتبطل يد الغصْب ضَرُورة، فيبرأ عن الضمان حين وَجَبت عليه الإجارة[٢] بالإجارة.

٢/ ١٢٧٩أ

وقالوا في الغاصب إذا آجر العبد المغْصُوب من مولاه؛ ليبني له حائطاً معلوماً: أنه يسقط ضمان الغصب، حين يبتدىء بالبناء، لأن البراءة عن الضمان في الموضعين جميعاً متعلقة بوجوب الأجرة، والأجرة في استئجار العبد والثوب تجب بالتسليم وهو التخلية، وهٰهنا تجب العمل لا بنفس الخلية، لذلك افترقا.

ولو زوج الأمة المغصوبة من الغاصب لا يبرأ عن الضمان في قياس قول أبي حنيفة رحمه الله.

وعند أبي يوسف: يبرأ بناء على أن المشتري هل يصير قابضاً بالتزويج أم لا؟ وقد ذكرنا المسألة في كتاب البيوع في بيان حكم البيع.

ولو استأجر الغاصب لتعليم العبد المغصوب عملاً من الأعمال - فهو جائز لكنه لا يصير مستردا للعبد، ولا يبرأ الغاصب عن الضمان بل هو في يد الغاصب على ضمانه حتى لو هلك قبل أن يأخذ في ذلك العمل أو بعده ضمن، وكذلك لو استأجره لغسل الثوب المغصوب، لأن الإجارة هٰهنا ما وقعت على المغصوب، فلم تثبت يد الإجارة عليه لتبطل عنه يد الغاصب، فبقي في يد الغاصب[٣] كما كان، فبقي مضموناً، كما كان بخلاف استئجار المغصوب على ما بينا.

وإذا رد الغاصب الثاني المغصوب على الغاصب الأول - بريء، لأن يده يد المالك من وجه، فيصح الرد عليه، والله سبحانه وتعالى أعلم.

وأما الذي يتعلق بحال هلاك المغصوب فنوعان: أحدهما: وجوب الضمان على الغاصب، والثاني: ملك الغاصب المضمون.

أما وجوب الضمان: فالكلام فيه في مواضع:

في بيان كيفية الضمان.

---

(١) في ط: يد محقة.

(٢) في أ: وجب عليه الأجر.

(٣) في ط: الغصب.

وفي بيان شرط وجوبه.

وفي بيان وقت وجوبه.

وفي بيان ما يخرج به الغاصب عن عهدته.

أما الأول: فالمغصوبَ لا يخلو إما أن يكون مما له مثل، وإما أن يكون مما لا مثل له، فإن كان مما له مثل كالمكيلات والموزونات والعدديات المتقاربة - فعلى الغاصب مثله؛ لأن ضمان الغصب ضمان اعتداء، والاعتداء لم يشرع إلا بالمثل قال الله تبارك وتعالى: ﴿فَمَنِ اعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ﴾ [البقرة: ١٩٤] والمثل المطلق هو المثل صورة ومعنى، فأما القيمة فمثل من حيث المعنى دون الصورة، ولأن ضمان الغصب ضمان جبر الفائت، ومعنى الجبر بالمثل أكمل منه من القيمة، فلا يعدل عن المثل إلى القيمة إلا عند التعذر(١).

وقال زفر - رحمه الله -: الجوز والبيض مضمونان بالقيمة لا بالمثل، وقد ذكرنا المسألة في «كتاب البيوع».

وإن كان مما لا مثل له من المذروعات والمعْدودات المتفاوتة فعليه قيمته، لأنه تعذَّر إيجاب المثل صورة ومعنى، لأنه لا مثل له، فيجب المثل معنى وهو القيمة، لأنها المثل الممكن.

---

(١) لا يخلو المال المغصوب من حالتين: **الأولى**: أن يكون له ما يقاربه من جنسه وصفته وأجزائه **الثانية**: أن يكون هناك تفاوت في ذلك. وقد اصطلح الفقهاء على تسمية المال في الحالة الأولى «بالمثلى» وفي الثانية «بالقيمي» وقد فسر الفقهاء المثلى بتفسيرات كثيرة تدور كلها على التشابه والتساوي في الأجزاء والصفات ولعل أحسن تعريف له ما ذكره صاحب الدرر وغيره من أن المثلى هو ما له نظير في الأسواق غير متفاوت تفاوتاً يعتد ومنه المكيل والموزون والعدديات المتقاربة كالجوز والبيض: «والقيمي» - ما لا نظير له في الأسواق أو له نظير غير أنه يتفاوت تفاوتاً يعتد به ومنه العقار والشجر والحيوان والعدديات المتفاوتة كالبطيخ ونحوه ذهب الأئمة الأربعة وجمهور الفقهاء إلى أن المغصوب إن كان مثلياً فالواجب على الغاصب ضمان المثل، والدليل على ذلك ما يأتي:

أولاً: قول الله تبارك وتعالى: ﴿فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم﴾ ووجه الاستدلال: أن الله سبحانه وتعالى أمر بالمجازاة بالمثل، والمثل في الآية مطلق، والمطلق ينصرف إلى الكامل وهو المثل صورة ومعنى.

ثانياً: أن ضمان الغصب شرع جبر المافات على المغصوب منه وإيجاب المثل أكمل في الجبر من إيجاب القيمة لأنه يختلف التلف من ناحيتيه: الصورة والمعنى فيصار إليه رعاية لحق المالك.

هذا وقد نسب السرخسي والزيلعي إلى الظاهرية القول بإيجاب القيمة، لكن نقل ابن حزم أن هذا رأي لبعض المتأخرين من الفقهاء وأما مذهب الظاهرية فهو وجوب الضمان بالمثل مطلقاً.

ينظر: الغصب لشيخنا عبد العال أحمد عطوة.

والأصل في ضمان القيمة: ما روي أن رسول الله ﷺ قضى في عبد بين شريكين، أعتق أحدهما نصيبه بنصف قيمته للذي لم يعتق والنص الوَارد في العبد يكون وارداً في إتْلاف كل ما لا مثل له دلالة، والله سبحانه وتعالى أعلم.

وأما شرط وجوب الضمان فشرط وجوب ضمان المثل والقيمة على الغاصب عجزه عن رد المغصوب، فما دام قادراً على ردِّه على الوجه الذي أخذه لا يجب عليه الضمان؛ لأن الحكم الأصلي للغصب هو وجوب رد عين المغصوب، لأن بالردّ يعود عين حقه إليه، وبه يندفع الضرر عنه من كل وجه، والضمان خلف عن رد العين، وإنما يصار إلى الخلف عند العجز، عن رد الأصل، وسواء عجز عن الرد بفعله، بأن استهلكه أو بفعل غيره بأن استهلكه غيره، أو بآفة سماوية بأن هلك بنفسه، لأن المحل إنما صار مضموناً بالغصب السابق، لأن فعله ذلك لا بالهلاك؛ لأن الهلاك ليس صنعه، لكن عند الهلاك يتقرر الضمان؛ لأن عنده يتقرر العجز عن ردِّ العين فيتقرر الضمان.

وعلى هذا يخرج ما إذا ادَّعى الغاصب هلاك المغصوب، ولم يصدقه المغصوب منه ـ أنه يطلب منه بينة، فإن أقامها وإلا حبسه القاضي مدة يغلب على ظنه أنه لو كان في يده لأظهره، ثم قضى عليه بالضمان؛ لأن بذلك ثبت عجزه عن رد العين فيحبس، كمن كانت عليه دين فطولب به، فادعى الإفلاس.

ومن شرط الخطاب بأداء الضمان أن يكون المثل [به][1] موجوداً في أيدي الناس، حتى لو غصب شيئاً له مثل ثم انقطع عن أيدي الناس لا يخاطب بأدائه للحال، لأنه ليس بمقدور بل يخاطب بالقيعة[2].

---

(١) سقط في ط.

(٢) اختلف الفقهاء في الواجب عند انصرام المثلى من الأسواق.
فذهب المالكية إلى أنه لا يقضي عليه بالقيمة ويصبر المالك وجوباً إلى وجود المثلى فيقضي عليه به.
وذهب بقية الأئمة إلى عدم لزوم هذه الحالة وقالوا إن المالك مخير بين أن يصبر إلى وجود المثلى وبين أن يقضي على الغاصب بالقيمة، ولكنهم اختلفوا في اليوم الذي تقرر فيه القيمة.
فعن الشافعية أحد عشر وجهاً أصحها وأشهرها أن الواجب هو أقصى قيمة المثل من يوم الغصب إلى يوم الانقطاع.
وقال الإمام أبو حنيفة عليه القيمة يوم الخصومة، ونسبه صاحب المغني إلى مالك وبعض أصحاب الشافعي.
وذهب الإمام أحمد إلى أن الواجب على الغاصب القيمة يوم الانقطاع وهو مذهب الإمام محمد بن الحسن.
وذهب أبو يوسف: إلى أن الواجب هو القيمة يوم الغصب.

=

....

= استدل المالكية على ما ذهبوا إليه بأن حق المالك قد تعلق بالمثل فلا يجوز العدول عنه إلى القيمة دفعاً للضرر عنه بقدر الإمكان، إذ القيمة لا تساوي المثل على كل حال.

واستدل الرافعي لأصح الأقوال عند الشافعية بأن وجوب المثل كبقاء عين المغصوب من حيث إنه كان مأموراً بتسليم المثل، كما كان مأموراً يرد العين فإذا لم يفعل غرم أقصى قيمة بين المدتين.

واستدل الإمام أبو حنيفة بأن الواجب في غصب المثلى هو المثل ولا ينتقل إلى القيمة إلا بالقضاء بدليل أنه لو صبر المالك إلى ظهور المثل قبل القضاء كان له ذلك، ولو ظهر المثل بعد القضاء لا يعود له حق المطالبة، وإذا ثبت أن القيمة لا تنتقل إلا بالقضاء فتعتبر القيمة في ذلك اليوم.

واستدل الإمامان أحمد ومحمد بأن الواجب في غصب ذوات الأمثال هو المثل ولا ينتقل الواجب إلى القيمة إلا عند العجز عن المثل، ووالعجز عنه يحصل بالانقطاع فتعتبر قيمته يومئذ فصار كما لو استهلكه في ذلك الوقت.

واستدل الإمام أبو يوسف بأن المثلى لما انقطع التحق بالقيمي وفيه تعتبر القيمة يوم الغصب فكذا فيما التحق به.

هذه هي أدلة المذاهب المختلفة، ويلاحظ على وجهة النظر عند المالكية أن فيها تمسكاً بالأصل الذي عجز عنه مع القدرة على الخلف وقد تقرر أنه يصار إلى الخلف عند العجز عن الأصل، ويؤيد المصير إلى الخلف أن مصالح الناس لا تحتمل التسويف والانتظار، والأصل كثير من المصالح، والانتظار والصبر يلجأ إليهما إذا لم يكن هناك طريق سواهما ويلاحظ على وجهة النظر عند الشافعية أن الواجب في الذمة ليس هو المثل في أقصى قيمته له، بل الواجب هو المثل فقط بدليل أنه لو سلم المثل فقط بدليل أنه لو سلم المثل في أقل قيمة له لبرأ عن الضمان، وإذا كان الأمر كذلك وقد انقطع المثل فتجب القيمة مقدرة بطريق يسهل ضبطه ومعرفته، ويمنع الجهالة والنزاع.

ويلاحظ على وجهة النظر عند الإمام أن تقدير القيمة في يوم الخصومة غير منضبط لعدم وجود السلفة في الأسواق، وإن أمكن التقدير فهو غير قريب من الصواب، ومثل هذا يلاحظ على مذهب الإمامين أحمد ومحمد مع أن هذا اليوم لا ضبط له أيضاً كما يلاحظ على وجهة النظر عندهما أنه لا ينتقل إلى القيمة إذا لم يوجب طلب من المالك، وهذا بخلاف التقدير يوم النصب فإنه منضبط لمعرفة القيمة والأسعار في ذلك اليوم.

وإذا كان المغصوب قيمياً وجب على الغاصب القيمة لا المثل، وإلى هذا ذهب الحنفية والشافعية والحنابلة وهو المشهور عن مالك.

وذهب مالك في رواية عنه إلى أن القيمي يضمن بمثله وإلى هذا ذهب الظاهرية استدل الجمهور لمذهبهم بما رواه الجماعة إلا النسائي عن أبي هريرة أن النبي ﷺ قال «من أعتق شقيصاً له من مملوكه فعليه خلاصة في ماله فإن لم يكن له مال قوم المملوك قيمة عدل ثم استسعى في نصيب الذي لم يعتق غير مشقوق عليه ـ ووجه الاستدلال: أن الرسول عليه السلام أوجب القيمة على المعتق والعبد في القيمي، فلو كان الواجب هو المثل لأوجبه الرسول فيثبت التقدير بالقيمة في الغصب وغيره مما يحتاج إلى التقدير دلالة، ولذلك روي عن شريح أنه قال «من كسر عصا فهي له وعليه قيمتها».

ونوقش هذا الدليل بأن الضمان هنا ليس من باب تضمين المتلفات بل من باب تملك مال الغير بقيمته، ولو سلم أنه ضمان إتلاف لم يدل على أن العبد الكامل إذا أتلف مضمن بالقيمة. =

ولو اختصما في حال انقطاعه عن أيدي الناس فقد اختلف أصحابنا الثلاثة: قال أبو حنيفة يحكم على الغاصب بقيمته يوم يختصمون.

وقال أبو يوسف ـ رحمه الله: يوم الغصب.

وقال محمد ـ رحمه الله ـ: يوم الانقطاع.

= وعندي أن هذه المناقشة لا تقوم على أساس، لأن عتق الشريك إتلاف نصيب شريكه إذ قد أخرج نصيبه عن أن ينتفع به لما جعل شريكه عاجزاً عن الانتفاع، ولا معنى للإتلاف سوى هذا: والحديث نص في بيان طريق الضمان فيقاس عليه غيره مما يحتاج فيه إلى التضمين، لأنه لا فارق وكما هو طريق لضمان البعض كذلك هو طريق لضمان الكل لعدم الفارق أيضاً.

واستدل من ذهب إلى وجوب الضمان بالمثل في غصب القيمي بما يأتي:

أولاً: بقول الله تبارك وتعالى ﴿فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم﴾ ووجه الاستدلال: أن الله سبحانه وتعالى أوجب المثل المطلق على المعتدي من غير فرق بين أن يكون اعتداءه بأخذ المثلى أو القيمي.

ثانياً: بما رواه أحمد وأبو داود والنسائي عن عائشة ـ قالت: ما رأيت صانعة طعام مثل صفية أهدت إلى النبي ﷺ إناء من طعام فما ملكت نفسي أن كسرته فقلت يا رسول الله ما كفارته قال «إناء كإناء وطعام كطعام» ووجه الاستدلال: أن القيمة لو كانت هي الواجبة في ضمان القيمي لضمن الرسول عليه الصلاة والسلام السيدة عائشة قيمة الإناء فدل على أن الواجب هو المثل في ضمان القيمي ولا فرق بين الغصب والإتلاف في الضمان.

ثالثاً: بالآثار الواردة عن الصحابة والتابعين أنهم قضوا بالمثل في غصب القيمي فمن تلك ما روي أن عثمان وابن مسعود قضيا على من استهلك فصلانا بفصلان مثلها، وإن علياً قال في ولد المغرور يفك الغلام بالغلام والجارية بالجارية وأن قتادة قضى في ثوب استهلك بالمثل ويمكن أن يناقش الدليل الأول بأن المثل المطلق وهو المثل صورة ومعنى لا يتحقق في القيميات لاختلافها وتفاوتها فتنتفي المماثلة في المثل الكامل وينتقل الحكم إلى المماثلة في المعنى وذلك في إيجاب القيمة.

وأجيب عن الدليل الثاني بأن دفع القصعة لم يكن على سبيل الضمان بل كان على سبيل المزورة ومكارم الأخلاق، لأن القصعتين كانتا ملكاً للنبي ﷺ في بيتي زوجتيه كما رواه البيهقي، والإنسان لا يضمن ملك نفسه، ولو سلم أن القصعتين كانتا ملكاً لزوجتي النبي ﷺ فالدليل لا حجة فيه، لأن الجاني والمجني عليه قد اتفقا على الرضا بهذا الحكم، وإنما تجب القيمة في حال عدم الرضا منهما معاً أو من أحدهما كما هو محل النزاع.

وأجيب عن الدليل الثالث بأن ما نقل عن عثمان وعبد الله لم يكن على طريق القضاء بالضمان وإنما كان ذلك على سبيل الصلح والتراضي، لأن المتلف لم يكن عثمان، بل بني عمّه كما تقدم، ووجوب الضمان على المتلف والإنسان غير مؤاخذ بجناية بني عمه فكان هذا تبرعاً منه، أما ما نقل عن علي في ولد المعزور فقد نقل عنه خلافه، لأنه صح عنه وعن عمر رضي الله عنهما أنهما قضيا في ولد المغرور بالقيمة، وما روي عن قتادة محمول على المماثلة في المالية فليس في هذا الدليل حجة لهم.

ومما تقدم يترجح عندي القول بوجوب القيمة عند الضمان في غصب القيمي.

ينظر: الغصب لشيخنا عبد العال أحمد عطوة.

وجه قوله: إن الغصب أوجب المثل على الغاصب، والمصير إلى القيمة للتعذر، والتعذر حصل/ بسبب الانقطاع، فتعتبر قيمته يوم الانقطاع؛ كما لو استهلكه في ذلك الوَقْت. ٢/ ٢٧٩ب

وجه قول أبي يوسف ـ رحمه الله ـ: إن سبب وجوب ضمان المثل عند القدرة، والقيمة عند العجز ـ هو الغصب، والحكم يعتبر من وقت وجود سببه.

وجه قول أبي حنيفة ـ عليه الرحمة ـ: إن الواجب كان مثل المغصوب، وبالانقطاع عن أيدي الناس لم يبطل الواجب، لأن الأصل أن ما ثبت يبقى[١] لتوهم الفائدة: وتوهم العود هٰهنا ثابت.

ألا ترى أن للمالك أن يختار الانتظار إلى وقت إدراكه فيأخذ المثل، وإذا بقي المثل واجباً بعد الانقطاع فإنما ينتقل حقه من المثل إلى القيمة بالخصومة، فتعتبر قيمته وقت الخصومة.

فأما علم الغاصب بكون المغصوب ملك غيره، فليس بشرط لوجوب الضمان، حتى لو أخذ مالاً على وجه يحق له أخذه ظاهراً وفي الباطن بخلافه، كما إذا اشترى شيئاً أو ملكه بوجه من الوجوه، فتصرف فيه ثم تبين إنه مستحق، يضمن لكن لا إثم عليه، لأن العلم [به][٢] ليس بشرط لتحقق الغصب، وهو شَرْط ثبوت المؤاخذة، قال الله سبحانه وتعالى: ﴿وَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ فِيمَا أَخْطَأْتُم بِهِ وَلَكِن مَا تَعَمَّدَتْ قُلُوبُكُمْ﴾ [الأحزاب: ٥].

وأما وقت وجوب الضمان فوقت وجود الغصب، لأن الضمان يجب الغصب، ووقت ثبوت الحكم وقت وجود سببه، فتعتبر قيمة المغصوب يوم الغصب حتى لا يتغير بتغير السعر؛ لأن السبب لم يتغيّر ولا تغير المحل أيضاً، لأن تراجع السعر لفُتُور يحدثه الله سبحانه وتعالى في قلوب عِبَاده.

وأما بيان ما يخرج به الغَاصِب عن عهدة الضَّمان، فالَّذي يخرج به عن عُهْدَته شيئان: أحدهما أداء الضمان إلى المالك أو من يقوم مقامه، لأن الأصل في طريق الخُرُوج عن عُهْدَة الواجب أداؤه[٣].

---

(١) في أ: ينفي.

(٢) سقط في ط.

(٣) يخرج الغاصب عن عهدة الضمان بأحد أمرين:
الأول: أداء الضمان إلى المالك أو من يقوم مقامه وهذا سبيل الخروج عن عهدة كل واجب، واختلف فيما إذا دفع الغاصب الثاني الضمان إلى الغاصب الأول فروي عن أبي يوسف أنه لا يبرأ إلا بقضاء القاضي لأن الضمان الواجب عليه ثابت للمالك لا للغاصب الأول فلا يسقط عنه إلا بالأداء إلى المالك أو=

ولو هلك المغصوب في يد الغاصب الثاني، فأدَّى القيمة إلى الغاصب الأول يبرأ عن الضَّمان في الرِّواية المشْهُورة.

وروي عن أبي يوسف ـ رحمه الله ـ أنه لا يبرأ إلا بقَضَاء القَاضِي.

وجه هذه الرواية: أن الضمان الواجب عليه للمالك، فلا يسقط عنه إلا بالأداء إلى المالك.

وجه الرواية المشهورة: أن الضمان خلف عن العين قائم مقامه، ثم لو رد العين برىء عن الضمان، فكذا إذا رد القيمة، لأن ذلك رد للعين من حيث المعنى والثاني الإبراء وهو نوعان: صريح وما يجري مجرى الصريح ودلالة.

أما الأول فنحو أن يقول: أبرأتك عن الضمان أو أسقطته عنك أو وهبته منك، وما أشبه ذلك فيبرأ عن الضمان، لأنه أسقط حق نفسه وهو من أهل الإسقاط، والمحل قابل للسقوط فيسقط.

وأما الثاني: فهو أن يختار المالك تضمين أحد الغاصبين فيبرأ الآخر، لأن اختيار تضمين أحدهما إبراء للآخر دلالةً، لما ذكرنا فيما تقدم فيبرأ إما بنفس الاختيار أو بشريطة رضا من اختار تضمينه، أو القضاء على اختلاف الروايتين اللتين ذكرناهما.

ولو أبرأه عن ضمان العين وهي قائمة في يده، صح الإبراء وسقط عنه الضمان عند أصحابنا الثلاثة ـ رحمهم الله ـ.

= بقضاء القاضي والمشهور عند الحنفية أنه يبرأ بالدفع إليه لأن الضمان خلف عن العين وقائم مقامها، ولو رد الغاصب الثاني المال المغصوب إلى الغاصب الأول برىء عن الضمان فكذا إذا أدّى الخلف وهو الضمان.

الثاني: الإبراء: وينقسم إلى قسمين «الأول»: الإبراء الصريح وما يجري مجراه «الثاني»: الإبراء دلالة.

«أما الأول» فهو أن يقول المالك للغاصب أبرأتك عن الضمان أو أسقطته عنك أو وهبته لك وما أشبه ذلك، وحكمه أن الغاصب يبرأ عن الضمان لأن المالك أسقط حق نفسه وهو من أهل الإسقاط والمحل قابل للسقوط «وأما الثاني» فهلو مثل أن يختار المالك تضمين الغاصب الثاني فيبرأ الآخر لأن اختيار تضمين أحدهما إبراء للآخر دلالة. وهذا عند الحنفية.

ويصح الإبراء حال قيام العين خلافاً لزفر: والرأيان في مذهب الشافعية استدل زفر بأن الإبراء إسقاط وإسقاط الأعيان لا يعقل فالتحق الإبراء بالعدم حتى لو هلكت بعد ذلك ضمن.

واستدل من يرى صحة الإبراء بأن العين قد صارت مضمونة بنفس الغصب فكان هذا إبراء عن الضمان بعد وجود سبب وجوبه فيصح كالعفو عن القصاص بعد الجرح وقبل الموت.

ينظر: الغصب لشيخنا عبد العال أحمد عطوة.

وقال زفر ـ رحمه الله ـ: لا يصح.

وجه قوله: إن الإبراء إسقاط وإسقاط الأعيان لا يعقل، فالتحق بالعدم وبقيت العين مضمونة كما كانت، وإذا هلكت ضمن.

ولنا: أن العين صارت مضمونة بنفس الغصب؛ لأن الغصب سبب لوجوب الضمان، فكان هذا إبراء عن الضمان بعد وجود سبب وجوبه، فيصح كالعفو عن القصاص بعد الجرح قبل الموت، ولو أجل المغصوب منه الغاصب ببدل الغصب، صح التأجيل عند أصحابنا، وعند زفر: لا يصح استدلالاً بالقرض.

ولنا: أن عدم اللزوم في القرض لكونه جارياً مجرى الإعارة، لما بين في كتاب القرض، والأجل لا يلزم في العواري، وهذا المعنى لا يوجد في الغصب فيلزمه، وهذا لأن الأصل هو لزوم التأجيل، لأنه تصرف صدر من أهله في محله وهو الدين[1]، إلا أن عدم اللزوم في باب القرض لضرورة الإعارة ولم يوجد ههنا، فيلزم على الأصل، والله تعالى أعلم.

وأما ملك الغاصب المضمون، فالكلام في هذا الحكم في مواضع:

في بيان أصل الحكم أنه يثبت[2] أم لا.

وفي بيان شرط[3] ثبوته، وفي بيان صفة الحكم الثابت.

أما الأول: فقد اختلف العلماء فيه:

قال أصحابنا ـ رحمهم الله ـ: يثبت إذا كان المحل قابلاً للثبوت ابتداء.

وقال الشافعي ـ رحمه الله ـ: لا يثبت أصلاً حتى إن من غصب عبداً واكتسب في يد الغاصب، ثم هلك العبد وضمن الغاصب قيمته ـ فالكسب ملك للغاصب عندنا، وعنده: ملك للمالك.

ولو أبق العبد المغصوب من يد الغاصب، وعجز عن رده إلى المالك ـ فالمغصوب منه بالخيار، إن شاء انتظر إلى أن يظهر، وإن شاء لم ينتظر وضمن الغاصب قيمته، ولو ضمنه قيمته ثم ظهر العبد ينظر إن أخذ صاحبه القيمة بقول نفسه التي/ سمَّاها ورضي بها، أو بتصادقهما عليه، أو بقيام البينة، أو بنكول الغاصب عن اليمين ـ فلا سبيل له على العبد عندنا، وعنده: يأخذ عبده بعينه. ٢/ ٢٨٠أ

(١) في أ: ألفين.
(٢) في ط: سبب.
(٣) في ط: وقت.

ولو كان المغصوب مدبراً يعود على ملك المالك بالإجماع.

وجه قوله إن الملك[١] لا بد له من سبب، والغصب لا يصلح سبباً، لأنه محظور، والملك نعمة وكرامة فلا يستفاد بالمحظور، ولأنه ضمان الغصب لا يقابل العين، وإنما يقابل اليد الفائتة، فلا تملك به العين كما في غصب المدبَّر.

ولنا: أن ملك الغاصب يزول عن الضمان، فلو لم يزل ملك المغصوب منه عن المضمون لم يكن الاعتداء بالمثل، ولأنه إذا زال ملك الغاصب عن الضمان وأنه بدل المغصوب؛ لأنه مقدر بقيمته، وملك المغصوب منه البدل بكماله لو لم يزل ملكه عن المغصوب ـ لاجتمع البدل والمبدل في ملك المالك، وهذا لا يجوز. وإذا زال ملك المالك عن المغصوب، فالغاصب أثبت يده على مال قابل للملك لا ملك لأحد فيه، فيملكه كما يملك الحطب والحشيش بإثبات يده عليهما وبه تبين أن ما هو سبب الملك فهو مباحٌ لا حظر فيه، فجاز أن يثبت به الملك بخلاف المدبّر، لأنه لا يحتمل ابتداء الملك، فيزول ملك المالك، لكن لا يملكه الغاصب، لعدم قبول المحل التملك ابتداء، وهٰهنا بخلافه[٢] والله أعلم.

---

(١) في ط: المالك.

(٢) اختلف الفقهاء في ملك الغاصب العين المغصوبة بالضمان.
فذهب الشافعي وأحمد إلى أن الغاصب لا يملك المغصوب وإنه متى ظهر المال المغصوب وقدر عليه الغاصب رده إلى مالكه واسترد منه الضمان.
وذهب الحنفية والمالكية إلى إن الغاصب يملك العين المغصوبة إذا كانت قابلة للملك ويزول ملك مالكها عنها بالضمان ولا سبيل له عليها إذا ظهرت إلا إذا ضمن الغاصب دون قيمتها بقوله مع يمينه عند الحنفية أو موّه في الذات عند المالكية فإن كان التمويه عندهم في الصفة بما ينقص القيمة رجع المالك على الغاصب بفضل القيمة فقط.
ذهب بعض المتقدمين من الحنفية إلى أن سبب الملك هو تقرر الضمان على الغاصب بعجزه عن الرد: أي أن الملك لا يثبت من حين الغصب قبل تقرر الضمان لانتفاء سببه: وهذا لا يصور حقيقة المذهب، فإن الحنفية يقولون إن الملك يثبت من وقت الغصب بطريق الاستناد ولهذا نفذ بيع الغاصب وسلم الكسب له.
وقال القاضي أبو زيد في الأسرار: قال علماؤنا رحمهم الله الغصب هو السبب الموجب للملك عند القضاء بالضمان أو التراضي عليه.
وقد فقد السرخسي هذا القول فقال «وهذا وهم فإن الملك لا يثبت عند أداء الضمان من وقت الغصب للغاصب حقيقة. ولهذا لا يسلم له الولد ولو كان الغصب هو السبب للملك لكن إذا تم الملك للغاصب بهذا السبب ملك الزوائد المتصلة. والمنفصلة ومع هذا في هذه العبارة بعض الشفعة، فالغصب عدوان محض والملك حكم مشروع مرغوب فيه فيكون سببه مشروعاً مرغوباً فيه، ولا يصح أن يجعل العدوان =

....

= المحض سبباً له فإنه ترغيب للناس فيه لتحصيل ما هو مرغوب لهم به ولا يجوز إضافة مثله إلى الشرع».
وقال الاتقان فيما ذكره السرخسي نظر: لأنه لا يراد بكون الغصب سبباً للملك عند أداء الضمان أنه يوجبه مطلقاً، بل يوجبه من وجه دون وجه، لأنه يثبته بطريق الاستناد، والثابت به يثبت من وجه دون وجه.
وقد رأى بعضهم أن ما ذكره الاتقان هو محل النظر، فإن الملك المستند يظهر في حق الزوائد المنفصلة كما في البيع الموقوف والبيع بالخيار، فإن المشتري إذا تم له البيع ملك الزوائد المتصلة ملكاً مستنداً.
وقد تفادى السرخسي هذه الانتقادات حيث قال الأسلم إنه يقال: الغصب يوجب رد العين ورد القيمة عند العجز عن رد العين بطريق الجبران مقصوداً بهذا السبب، ثم يثبت الملك به للغاصب شرطاً للقضاء بالقيمة لا حكماً ثابتاً بالغصب مقصوداً، ولهذا لا يملك الولد لأن الملك كان شرطاً للقضاء وبالقيمة والولد غير مضمون بالقيمة، ويملك الزيادة المتصلة لأنها تبع محض، وكذلك الكسب فإنه بدل المنفعة فيكون تبعاً محضاً وثبوت الحكم في التبع كثبوته في الأصل سواء ثبت في المتبوع مقصود السبب أو شرطاً لغيره.
فالسرخسي يرى أن الغصب ليس سبباً للملك وأن الملجىء إلى القول به هو القضاء بالضمان أو التراضي عليه، وهذا قريب من مذهب بضع المتقدمين الذي أشرنا إليه أول البحث، كما يرى أن الملك في الزوائد المتصلة لا يثبت بطريق الاستناد وإنما يثبت بطريق التبع.
استدل الحنفية والمالكية بما يأتي:
أولاً: بحديث الشاة المصلية وقد تقدم، ووجه الاستدلال أن الغاصب لو لم يملك العين المغصوبة لما أمره الرسول عليه السلام بالتصدق بها، إذ التصدق لا يجوز إلا في الملك.
ثانياً: أن المالك ملك الضمان بكماله فيجب أن يزول ملكه عن العين إلى الغاصب إما دفعاً للضرر عن الغاصب وتحقيقاً للعدل بينهما وأما ضرورة كيلا يجتمع البدل والمبدل في ملك شخص واحد.
ثالثاً: أن المغصوب منه يملك الضمان فلو لم يملك الغاصب المغصوب لم يكن الاعتداء بالمثل وهو غير مشروع.
واستدل الشافعية والحنابلة بما يأتي:
أولاً: أن الغصب عدوان محض فلا يثبت الملك للغاصب قياساً على القتل فإنه لا يثبت الملك للوارث بجامع الجناية في كل منهما.
ثانياً: لو كان الغصب سبباً للملك لكان مشروعاً لحاجة الناس إلى الملك وهو باطل لأن أوتي درجات المشروع أن يكون مباحاً، والفرض أنه حرام.
ثالثاً: أن الغاصب قد غرم ما تعذر عليه رده بخروجه عن يده فلا يملكه قياساً على المدبر إذا غصب ثم غاب.
رابعاً: أن هذا الضمان للحيلولة بين المالك وملكه وليس بدلاً عن العين فلا يملكه به يمكن أن يجاب عن الدليلين الأولين بأن الغصب ليس سبباً للملك ومثبتاً له بل سبب الملك هو القضاء بالضمان «كما حققناه سابقاً» والقضاء بالضمان حسن مشروع ويمكن أن يجاب عن الدليل الثالث بأنه في غير محل النزاع لأن النزاع فيما يقبل النقل والمدبر لا يقبل النقل من ملك إلى ملك والضمان فيه إما بدلاً عن السيد التي فاتت بفعل الغاصب للضرورة أو بدلاً عن العين من غير أن يدخل في ملكه شيء كما في ضمان العتق كما يمكن أن يجاب عن الدليل الرابع بأن الضمان بدل عن العين بدليل أن المقياس في تقدير الضمان هو مالية =

ولو أخذ صاحبه القيمة بقول الغاصب؛ بأن اختلفا في القيمة وقضى القاضي بالقيمة بقول الغاصب وبيمينه، ثم ظهر العبد ـ ذكر في ظاهر الرواية أن المغصوب منه بالخيار، إن شاء رضي بالمأخوذ وترك العبد عند الغاصب، وإن شاء رد المأخوذ وأخذ العبد، لأنه تبين أن المأخوذ بعض بدل العين لا كله، فلم يملك بدل المغصوب بكماله، فيثبت له الخيار.

وإن أراد استرداد العبد، فللغاصب أن يحبس العبد حتى يأخذ القيمة؛ ولو مات العبد في يد الغاصب قبل رد القيمة، لا يرد القيمة، ولكن يأخذ من الغاصب فضل القيمة إن كان في قيمة العبد فضل على ما أخذه، وإن لم يكن فيها فضل فلا شيء له سوى القيمة.

وروي عن أبي يوسف ـ رحمه الله ـ: أنه إذا ظهر العبد وقيمته أكثر مما قاله الغاصب ـ فالمغصوب منه بالخيار على ما بينا، فأما إذا كانت قيمته مثل ما قال الغاصب أو أقل منه، فلا سبيل لصاحبه عليه.

وهكذا فصل الكرخي ـ رحمه الله ـ؛ لأنه رضي بزوال ملكه بهذا البدل، وفي ظاهر الرواية أثبت الخيار من غير تفصيل.

ولو اختلفا في زيادة القيمة فادعى الغاصب أنها حدثت بعد التضمين، وادعى المغصوب منه أنها كانت قبله ـ كان الجصَّاص يقول من تلقاء نفسه: إن القول قول الغَاصب، لأن التمليك قد صحَّ فلا يفسخ الشك.

وأما وقت ثبوت الملك فهو وقت وجود الغصب(1)؛ لأن الملك في الضمان يستند إلى

= العين لا غيرها من أجرة ومنفعة فيزول ملك المالك ضرورة عدم اجتماع البدل والمبدل في ملك واحد، على أن في جعل الضمان بدلاً عن اليد الفائتة إجحافاً بالغاصب لأن فيه جمعاً بين ملك الضمان والمغصوب في طرق المالك وهذا مع القدرة على تحقيق العدل بينهما.
ومما تقدم يترجح عندي القول بثبوت الملك للغاصب.
ينظر: الغصب لشيخنا عبد العال أحمد عطوة.

(1) يرى الحنفية أن وقت ثبوت الملك في المغصوب هو وقت الغصب، لأن الملك في الضمان يستند إلى وقت وجود الغصب فكذلك يستند الملك في المغصوب من وقت الغصب تحقيقاً للمساواة بينهما. لكن يشترط في ثبوت الملك اختيار الضمان عند أبي حنيفة خلافاً للصاحبين.
وعندي أن الأدلة التي قدمناها إنما تفيد الملك عند أداء الضمان أو التراضي عليه أو القضاء به فأما قبل ذلك فلا تفيده الأدلة سواء وقع اختيار أم لا، إذ لم يجتمع البدل والمبدل في ملك واحد، كما أنه لم يحصل ضرر للغاصب، أما قوليهم إن الملك يثبت من حين الغصب، لأن الغصب سبب للملك والحكم يثبت من حين وجود سببه فقد قدمنا أن السبب للملك في الواقع ونفس الأمر هو القضاء بالقيمة أو التراضي عليها وقد يوجه إلى القائلين بالملك الانتقاد الآتي: ـ وهو أنه يترتب على هذا القول فتح باب السرور والعدوان فإن من كان طامعاً في مال إنسان وتعذر عليه أن يناله فما عليه إلا أن يغصبه ويجتهد في =

وقت وجود الغصب، فكذا في المضمون، فيظهر في الكسب والغلة والربح. وأما شرط ثبوت الملك في المضمون فما هو شرط ثبوت الملك في الضمان، وهو اختيار الضمان عند أبي حنيفة ـ رحمه الله ـ، فالمغصوب قبل اختيار الضَّمان على حكم ملكه عنده؛ فإنه لو أراد ألا يختار الضَّمان حتى يهلك المغصوب على ملكه ويكون له ثواب هلاكه على ملكه، ويخاصم الغاصب في القيمة ـ له ذلك.

وعند أبي يوسف ومحمد ـ رحمهما الله ـ: هذا ليس بشرط، ويثبت الملك قبل الاختيار في الضمان والمضمون جميعاً، وعلى هذا الأصل يبنى الصلح عن المغصوب الذي لا مثل له على إضعاف قيمته ـ أنه جائز عنده، وعندهما: لا يجوز.

ووجه البناء: أنه لما وَجَبَ الضَّمان بنفس الهلاك عندهما، وهو مال[1] مقدَّر، والزيادة عليه تكون رباً، ولما توقف الوجوب على اختيار المَالِك عنده ولم يوجد منه الاختيار ـ كان الصلح تقديراً لقيمة المغصوب بهذا[2] القدر، وتمليكاً للمغصوب به؛ كأنه باعه من الغاصب به فجاز، والله سبحانه وتعالى أعلم.

وأما صفة الملك الثابت للغاصب في المضمون، فلا خلاف بين أصحابنا في أن الملك الثابت له يظهر في حق نفاذ التصرفات، حتى لو باعه أو وهبه أو تصدَّق به قبل أداء الضَّمان ينْفُذ؛ كما تنفذ هذه التصرُّفات في المشتري شراء فاسداً. واختلفوا في أنه هل يُباح له الانتفاع به، بأن يأكله بنفسه أو يطعمه غيره قبل أداء الضَّمان، فإذا حصل فيه فضل هل يتصدَّق بالفَضْل؟.

قال أبو حنيفة ـ رضي الله عنه ـ، ومحمد ـ رحمه الله ـ: لا يحل له الانتفاع حتى يرضى صاحبه، وإن كان فيه فضل يتصدق بالفضل.

= إخفائه عن عين مالكه فيتملكه بالضمان بناء على ذلك وفي هذا قضاء على حرية الملك التي ضمنها الشرع للناس.

وللقائلين بالملك أنه يردوا هذا الانتقاد بأن القول بالملك محاط بالضمانات الآتية:

أولاً: أنه لا يعجل بالقضاء بالقيمة حتى يغلب على ظن القاضي أن العين قد هلكت أو أنها لو كانت باقية لأظهرها الغاصب ودون القضاء بالضمان حبس الغاصب والتضييق عليه.

ثانياً:

لا يثبت الملك في حالة التمويه التي قدمناها.

ثالثاً: أنه يحرم الانتفاع بالمغصوب على الغاصب قبل أداء الضمان ويجب عليه أنه يتصدق به وبالغلة.

ينظر الغصب لشيخنا عبد العال عطوة.

(١) في أ: ملك. (٢) في ط: هذا.

وقال أبو يوسف ـ رحمه الله ـ: يحل له الانتفاع، ولا يلزمه التصدُّق بالفضل إن كان فيه فضل، وهو قول الحسن وزفر ـ رحمهما الله ـ، وهو القِيَاس، وقول أبي حنيفة ومحمد ـ رحمهما الله ـ استحسان.

٢/ ٢٨٠ب

وجه القياس: أن المغْصُوب مضْمُون لا شك فيه، وهو مملوك للغَاصِبِ/ من وقت الغصْب على أصل أصْحَابنا فلا معنى للمنع من الانتفاع وتوقيف الحل على رضا غير المالك، كما في سائر أملاكه، ويطيب له الربح، لأنه ربح ما هو مضمون ومملوك، وربح ما هو مضمون غير مملوك يطيب له عنده لما نذكر فربح المَمْلُوك المضمون أولى.

وجه الاستحسان: ما روي أنه ـ عليه الصلاة والسلام ـ أضافة قَوْم من الأنصار فقدَّموا إليه شاة مصليَّة، فجعل عليه الصلاة والسلام يمضغه ولا يسيغه، فقال ـ عليه الصلاة والسلام ـ: «**إنَّ هَذِهِ الشَّاةَ لَتُخْبِرُنِي أَنَّهَا ذُبِحَتْ بِغَيْرِ حَقٍّ**»، فقالوا: هذه الشاةُ لجارٍ لنا ذَبَحْنَاهَا لِنُرْضِيَهُ بثمنها[(١)]، فقال ـ عليه الصلاة والسلام ـ: «**أَطْعِمُوهَا الأَسَارَىٰ**»[(٢)] أمر ﷺ بأن يطعموها الأسارى ولم ينتفع به، ولا أطلق لأصحابه الانتفاع بها، لو كان حلالاً طيباً لأطلق مع خَصَاصتهم وشدة حَاجَتهم إلى الأكل، ولأن الطيب لا يثبت إلا بالملك المطلق، وفي هذا الملك شبهة العدم، لأنه يثبت من وقت الغصب بطريق الاستناد، والمستند يظهر من وجه ويقتصر على الحال من وَجْه، فكان في وُجُوده من وقت الغَصْب شبهة العدم، فلا يثْبُت به الحلّ والطيب؛ ولأن الملك من وجه حَصَل بسبب محظور، أو وقع محظوراً بابتدائه فلا يخلو من خبث؛ ولأن إباحة الانتفاع قبل الإرضاء يؤدِّي إلى تَسْلِيط السُّفهاء على أكل أموال النَّاس بالبَاطِل، وفتح باب الظلم على الظلمة، وهذا لا يجوز.

وعلى هذا يخرج ما إذا غصب حنطة فطحنها ـ أنه لا يحلُّ له الانتفاع بالدقيق حتى يرضى صَاحِبه.

---

(١) في أ: بالثمن.

(٢) أخرجه أحمد (٥/ ٢٩٣ ـ ٢٩٤) وأبو داود (٣/ ٦٢٧) كتاب البيوع والإجارات ـ باب في اجتناب الشبهات حديث (٣٣٣٢) والدارقطني (٤/ ٢٨٥) باب الصيد والذبائح والأطعمة ـ حديث (٥٤) والبيهقي (٥/ ٣٣٥) كتاب البيوع ـ باب كراهية مبايعة من أكثر ماله من الربا أو ثمن المحرم. من حديث عاصم بن كليب عن أبيه عن رجل من الأنصار قال: خرجنا مع رسول الله ﷺ في جنازة فلما رجع استقبله داعي امرأة فجاء وجيء بالطعام فوضع يده ثم وضع القوم فأكلوا فنظر أباؤنا رسول الله ﷺ يلوك لقمته في فيه ثم قال: «إني أجد لحم شاة أخذت بغير إذن أهلها» فأرسلت المرأة: يا رسول الله إني أرسلت إلى البقيع ليشتري لي شاة فلم أجد فأرسلت إلى جاراً لي قد اشترى شاة أن أرسل إلي بها بثمنها فلم يوجد، فأرسلت إلى امرأته فأرسلت إلي بها، فقال رسول الله ﷺ: «أطعمية الأسارى» ورواه الطبراني في الأوسط والكبير كما في المجمع (٤/ ١٧٦) بنحوه من حديث أبو موسى الأشعري وفيه أطعموها الأسارى وقال الهيثمي رواه الطبراني في الكبير والأوسط وفيه بشر الحريسي وهو ضعيف.

ولو غصب حنطة فَزَرِعها، قال أبو حنيفة ومحمد: يكره له أن ينتفع به حتى يرضى صاحبه ويتصدق بالفضل.

وقال أبو يوسف: لا يكره له الانتفاع به قبل أداء الضمان، ولا يلزمه التصدُّق بالفضل، فظاهر هذا الإطلاق يدل على أن عندهما[١] يكره الانتفاع به حتى يرضى صاحبه بأداء الضمان.

وفرق أبو يوسف بين الزرع والطحن؛ فقال في الطحن مثل قولهما: إنه لا يحل الانتفاع به حتى يرضى صاحبه، لأن الحنطة لم تهلك بالطَّحْن، وإنما تغيرت صفتها من التَّركيب إلى التَّفريق، فكأن عين الحنطة قائمة، فكان حق المالك فيها قائماً خلاف الزرع، لأن البذر يهلك بالزراعة، لأنه يغيب[٢] في الأرض فيخرج من أن يكون مالاً متقوماً، فلم يبق للمالك فيه حق، فلم يكره له[٣] الانتفاع به.

وكذلك قال أبو يوسف ـ رحمه الله ـ فيمن غصب نوى، فصار نخلاً: أنه يحل الانتفاع به كما في الحنطة إذا زرعها. وقال في الوديِّ إذا غرسه فصار نخلاً: أنه يكره الانتفاع به حتى يرضي صَاحِبه؛ لأن النوى يعفن ويهلك، والوَدِيُّ يزيد في نَفْسه.

وروي عن أبي حنيفة في الشَّاة إذا ذبحها فَشَواها: أنه لا يسع له أن يأْكُلَها، ولا يطعم أحداً حتى يضْمَن القيمة، وإن كان صاحبها غائباً أو حاضراً لا يرضى بالضَّمان لا يحل له أكلها، وإذا دفع الغَاصِب قيمتها يحل له الأكل، كذلك إذا ضمنه المَالِك القيمة أو ضمنه الحاكم، وهذا عندي ليس باختلاف رِوَاية بل هذه الرِّواية تفسير للأولى؛ لأن قوله: حتى يرضى صَاحِبه بحلة يحتمل الإرضاء بأداء الضَّمان، ويحتمل الإرْضَاء باختيار الضَّمان، فالمذكور هٰهنا مفسر، فيحمل المجمل على المفسّر، فيجمل قوله: حتى يرضيه على الإرضاء باختيار الضَّمان ورضاه به[٤] لا على الإرضاء بأداء الضَّمان توفيقاً بين الروايتين، فلا يحل له الانتفاع به قبل اختيار الضمان ويحل بعده، سواء أدى الضَّمان أو لا، وهذا قولهما[٥]، وهو قياس قول أبي يوسف ـ رحمه الله ـ في الشَّاة المشْوِيَّة: أنه يحل له الانتفاع بها فيأكلها ويطعمها من شَاءَ، سواء أدى الضَّمان أم لا، ولا خلاف في أنه إذا أدى الضَّمان أنه يحل له الأكل؛ وكذلك إذا أبرأه عن الضَّمان، وكذلك إذا ضمنه المَالك القيمة أو ضمنه القَاضِي؛ لأن القاضي لا يضْمَنه إلا بعد طلبه، فكان منه اختياراً للضَّمان ورضا به.

---

(١) في أ: وعند أبي حنيفة.

(٢) في أ: يعفن.

(٣) سقط في ط.

(٤) سقط في ط.

(٥) في أ: قول أبي حنيفة ومحمد.

وعلى هذا يخرج ما إذا غَصَب عبداً فاستغله فنقصته الغلة ـ أنه يضمن النُّقصان والغلة له، ويتصدَّق بها في قولهما، وعند أبي يوسف: هي طيبة.

أما ضمان النُّقصان، فلأن الاستغلال وقع إتلافاً، فيضمن قدر ما أتلف ويطيب له قدر المضْمُون؛ لأن ذلك القَدْر ليس بربح، والنهي وقع عن الرِّبح.

وأما الغَلَّة فللغاصب عندنا، وعند الشافعي ـ رحمه الله ـ: للمالك، وهي فريعة مسألة المنافع، وقد مرَّت في موضعها.

وأما التصدّق بالغلة وهي الأجرة عندهما، فلأنها خبيثة لحصُولها بسبب خَبِيث، فكان سبيلها التصدُّق، ولأبي يوسف: أنَّه عَلَيْه الصَّلاةُ والسَّلامُ «نَهَى عَنْ رِبْحِ مَا لَمْ يُضْمَنْ». وهذا ربح مضْمُون.

٢/ ٢٨١أ والجواب: أن التحريم لعدم الضمان يدلُّ على / التحريم لعدم المِلْك من طريق الأولى، لأن المِلْك فوق الضَّمان.

ولو غصب أرضاً فزرعها كراً، فنقصتها الزراعة وأخرجت ثلاثة أكرار ـ يغرم النُّقصان، ويأخذ رأس المال ويتصدَّق بالفضل.

أما ضمان النقصان؛ فلأن الغاصب نقص الأرض بالزِّراعة، وذلك إتلاف منه، والعقار مضْمُون بالإتلاف بلا خلاف.

وأما التصدق بالفَضْل: فلحصوله بسبب خَبِيث وهي الزِّراعة في أرض الغَصْب، وإن كان البذر ملكاً له ويطيب له قدر النَّقْصَان وقدر البذر، لما ذكرنا أن النَّهي ورد عن الرِّبح، وذا ليس بربح فلم يحرم، والله أعلم.

وعلى هذا يخرج ما إذا غصب ألفاً، فاشترى جاريةً فباعها بألفين، ثم اشْتَرى بالألفين جارية فَباعها بثلاثة آلاف ـ أنه يتصدَّق بجميع الرِّبح في قولهما، وعند أبي يوسف ـ رحمه الله ـ: لا يلزمه التصدُّق بشيء، لأنه ربح مضمون مملوك، لأنه عند أداء الضَّمان يملكه مستنداً إلى وقت الغصْب، ومجرد الضمان يكفي للطِّيب، فكيف إذا اجتمع الضَّمان والملك؟

وهما يقولان: الطِّيب كما لا يثبت بدون الضمان لا يثبت بدون الملك من طريق الأولى، وفي هذا الملك شُبْهَة العدم على ما بيَّنا فيما تقدم، فلا يفيد الطيب.

ولو اشترى بالألف جارية تُسَاوي ألفين فوهبها، أو اشترى به طعاماً يساوي ألفين فأكله ـ لم يتصدَّق بشيءٍ، لأنه لم يحصل له الرِّبح، ولأن الخبث إنما يثبت بشُبْهَة عدم الملك، والشبهة توجب التصدُّق ولا توجب التضمين.

وعلى هذا يخرج ما إذا خلط المسْتودع إحدى الودِيعَتَين بالأُخرى خلطاً لا يتميز - أن المخلوط يصير ملكاً له عند أبي حنيفة - رحمه الله -، لكن لا يطيب له حتى يرضى صَاحِبه، على ما نَذْكُره إن شاء الله تعالى.

ولو اشترى بالدَّراهم المغْصُوبة شيئاً هل يحل له الانتفاع به أو يلزمه التصدق؟ ذكر الكرخي - رحمه الله -، وجعل ذلك على أربعة أوجه: إمَّا أن يشير إليها وينقد منها، وأما أن يشير إليها وينقد من غَيْرها، وإما أن يشير إلى غيرها وينقد منها، وإما أن يطلق إطلاقاً وينقد منها؛ وإذاً ثبت الطيب في الوجوه كلِّها إلا في وجه واحد، وهو أن يجمع بين الإشَارَة إليها والنّقد منها.

وذكر أبو نصر الصَّفار، والفقيه أبو الليث - رحمهما الله -: أنه يطيب في الوُجُوه كلها.

وذكر أبو بكر الإسكاف - رحمه الله -: أنه لا يطيب في الوجُوه كلها؛ وهو الصَّحيح.

وجه قول أبي نصر وأبي الليث - رحمهما الله - تعالى: أن الوَاجِب في ذمة المُشْتَري دراهم مطلقة، والمنقودة بدل عما في الذِّمة، أما عند عدم الإِشَارَة فظاهر وكذا عند الإشارة، لأن الإشارة إلى الدَّراهم لا تفيد التَّعيين، فالتحقت الإشارة إليها بالعَدَم، فكان الواجِبُ في ذمته دراهم مطلقة، والدَّراهِم المنقودة بدلاً عنها، فلا يخبث المُشْتَري، والكرخي كذلك يقول: إذا لم تتأكَّد الإشَارَة بمؤكّد وهو النقد منها، فإذا تأكَّدت بالنَّقد منها، تعين المشَار إليه، فكان المنْقُود بدل المشْتَري فكان خبيثاً.

وجه قول أبي بكر: أنه استفاد بالحرام ملكاً من طريق الحَقِيقة أو الشبهة، فيثبت الخبث، وهذا لأنه إن أشار إلى الدَّراهم المغْصُوبة، فالمشار إليه إن كان لا يتعيَّن في حق الاستِحْقَاق يتعيَّن في حق جواز العَقْد بمَعْرفة جنس النَّقد وقدره، فكان المنقود بدل المشْتَري من وجه نقد منها أو من غيرها، وإن لم يُشِر إليها ونقد منها، فقد استفاد بذلك سَلاَمة المشْتَري، فتمكَّنت الشّبهة فيخبث الربح، وإطلاق الجَوَاب في الجَامِعين والمضَارَبة دليل صحَّة هذا القول.

ومن مشايخنا من اخْتَار الفَتْوى في زماننا بقول الكرخي؛ تيسيراً للأمر على النَّاس لازدحام الحرام، وجواب الكتب أقرب إلى التَّنزه والاحْتيَاط، والله تعالى أعلم.

ولأن دراهم الغَصْب مستحقة الرد على صَاحِبها، وعند الاستحقاق ينفسخ العَقْد من الأصل، فتبين أن المشتري كان مقبوضاً بعقد فاسدٍ، فلم يحل الانْتِفاع به. ولو تزوج بالدراهم المغصوبة امرأةً، وسعه أن يطأها بخلاف الشِّراء، لما ذكرنا أن عند الاستِحْقَاق ينفسخ الشراء، والنكاح لا يحتمل الفَسْخ.

ولو كان المغصوب ثوباً فاشترى به جاريةً، لا يسَعُه أن يطأها، ولو تزوج عليه امرأة حلَّ له وطؤها لما قلنا، والله عز وجل أعلم.

وأما الذي يتعلّق بحال نقصان المغْصُوب: فالكلام فيه في موْضِعَين:

أحدهما: في بيان ما يكون مضموناً من النُّقصان وما لا يكون مضْمُوناً منه.

والثاني: في بيان طريق معرفة النُّقصان.

أما الأول: فنقول وبالله التوفيق: إذا عرض في يد الغَاصِب ما يوجب نُقْصَان قيمة المغْصُوب، والعارض لا يخلو إما أن يكون بغير السِّعر، وإما أن يكون فوات جُزْء من المغْصُوب، أو فوات صفة مَرْغُوب فيها أو مَعْنًى مرغوب فيه، فإن كان بغير السعر/ لم يكن مضْمُوناً، لأن المضمون نقصان المغْصُوب ونقصان السِّعر ليس بنقصان المغصُوب، بل لفتور يحدثه الله تعالى عز شأنه في قلوب العِبَاد لا صنع للعبد فيه، فلا يكون مضموناً، وإن كان فوات جُزْء من المغْصوب أو فوات صِفَة مرغوب فيها، أو معنى مرْغُوب فيه، فالمغْصُوب لا يخلو إما أن يكون من غير أموال الرِّبا، وإما أن يكون من أمْوال الربا، فإن كان من غير أموال الربا، يكون مضْمُوناً إذا لم يكن للمغْصُوب منه فيه صنع ولا اختيار، لأنه هلك بعض المغْصُوب صورة ومعنى، أو معنى لا صورة، وهلاك كل المغْصُوب مضمون بكل القيمة، فهلاك بعضه يكون مضموناً بقدره، لما ذكرنا أن ضمان الغصْب ضمان جبر الفَائت، فيتقدَّر بقدر الفوات.

٢/ ٢٨١ب

وعلى هذا يخرج ما إذا سَقَط عضو من المغْصُوب في يد الغَاصِب بآفة سماوية، أو لحقه زمانة أو عرج أو شلل أو عمى أو عور أو صمم أو بكم أو حمى أو مرض آخر ـ أنه يأخذه المولى ويضْمَنه النُّقصان، لوجود فوات جزء من البدن أو فوات صِفَة مرغوب فيها.

ولو زال البَيَاض من عينه في يد المَوْلى أو أقلع الحمى رد على الغاصب ما أخذه منه بسبب النّقْصان؛ لأنه تبين إن ذلك النُّقْصان لم يكن موجباً للضمان، لانعدام شَرْط الوُجُوب، وهو العجز عن الانْتفاع على طريق الدوام، وكذلك لو أبق المغصوب من يد الغاصب من عبد أو أمة، إذا لم يكن أبق قَبْل ذلك، أو زنت الجاريةُ المغْصُوبة أو سرقت إذا لم تكن زَنَت قبل ذلك؛ لفوات معنى مرْغُوب فيه وهو الصِّيانة عن هذه القَاذُورات؛ ولهذا كانت عيوباً موجبة للردِّ في باب البيع، وجعل الآبق على المالك، وهل يرجع به على الغَاصِب؟ قال أبو يوسف ـ رحمه الله ـ: لا يرجع.

وقال محمد ـ رحمه الله ـ: يرجع.

وجه قوله: إن الجعل من ضَرُورات رد المغْصُوب، لأن رد المغْصُوب واجب على الغَاصِب، ولا يمكنه الردّ إلا بإعْطَاء الجعل، فكان من ضَرُورات الردّ، فيكون عليه مؤنة الرد.

وجه قول أبي يوسف ـ رحمه الله ـ: إن الجعل إنما يجب بحق الملك، والملك

للمغْصُوب منه، فيكون الجعلِ عليه كمداواة الجِرَاحة، ولو قتل العبد المغْصُوب أو الجارية المغْصُوبَة في يد الغَاصِب قتيلاً، أو جنى على حر أو عبد في نفس أو ما دونها جناية - رد إلى مَوْلاَه ويقال له: ادفعه بجنايته أو أفده؛ لأن الملك له، ويرجع المولى على الغَاصِب بالأقل من قِيمَته ومن أرش الجِنَاية، لأن هذا الضَّمان إنما وجب بسبب كان في ضَمَانه.

ولو استهلك لرجُل مالاً، يخاطب المولى بالبيع أو الفِدَاء، ويرجع على الغَاصِب بالأَقل من قيمته، ومما أداه عنه من الدّين لما قلنا.

ولو قتل المغْصُوب نفسه في يد الغَاصِب، ضمن الغاصب قيمته بالغَصْب ولا يضمن قيمته بقتل نفسه، لأن قتله نفسه هدر، فصار كموته حتف أنفه.

ولو كان المغصوب أمة فَوَلَدت، ثم قتلت ولدها ثم ماتت - ضمن قيمة الأم، ولا يضمن قيمة الولد لأنه أمانة، وكذلك إذا كبر المغْصُوب في يد الغَاصِب من الغلام والجارية؛ بأن غصب عبداً شاباً فشاخ في يد الغَاصِب، أو جارية شابة فصَارَت عجوزاً في يده - ضمن النقصان؛ لأن الكبر يوجب فوات جزم أو صِفَة مرغوب فيها؛ وكذلك إذا غصب جارية ناهداً فانكسر ثَدْيُها في يد الغاصب، لأن نهود الثديين صِفَة مرغوب فيها.

ألا تَرَى إلى قوله عز وجل: ﴿وَكَوَاعِبَ أَتْرَاباً﴾ [النبأ: ٣٣].

وأما نبات اللحية للأمرد فليس بمضمون؛ لأنه ليس بنُقْصان، بل هو زيادة في الرجال.

ألا ترى أن حلق اللحية يوجب كمال الدية؟

وكذلك لو غصب عَبْداً قارئاً فنَسِيَ القرآن العظيم، أو محترفاً فنسي الحرفة - يضمن؛ لأن العلم بالقُرْآن والحرفة معنى مرغوب فيه.

وأما حبل الجارية المغْصُوبة؛ بأن غصب جارية فحبلت في يده، فإن كان المولى أَحبلها في يد الغَاصِب، لا شيء على الغاصب، لأن النّقصان حصل بفعل المولى فلا يضمنه الغَاصِب، كما لو قتلها المولى في يد الغَاصِب.

وكذلك لو حبلت في يد الغَاصِب من زَوْج كان لها في يد المولى؛ لأن الوطء من الزَّوج حصل بتسْليط المولى، فصار كأنه حصل منه أو حَدَث في يده وإن حبلت في يد الغَاصِب من زنا أخذها المولى وضَمِنه نقصان الحبل، والكلام في قدر الضَّمان.

قال أبو يوسف - رحمه الله -: ينظر إلى ما نقصها الحَبَل، وإلى أرش عيب الزِّنا، فيضمن الأكثر ويدخل الأقل فيه، وهذا استحسان، والقياس أن يضمن الأمرين جميعاً.

وروي عن محمد - رحمه الله -: إنه أخذ القياس.

وجه القياس: إن الحبل والزنا كل واحد منهما عيب على حدة، فكان النُّقْصان الحَاصِل بكل واحد منهما نقصاناً على حِدَة، فيفرد بضَمَان على حدة.

وجه الاستحسان: أن الجمع بين الضَّمانين غير ممكن، لأن نُقْصَان الحبل إنما حَصَل بسبب الزنا، فلم يكن نُقْصاناً بسبب على حدة، حتى يفرد بحكم على حِدَة، فلا بدَّ من إيجاب أحدهما فأوجبنا الأكثر، لأن الأقل يدخل في الأكثر، ولا يتصور دخول الأكثر في / الأقل، ٢/ ٢٨٢أ فإن ردها الغَاصِب حاملاً فماتت في يد المولى من الولادة، فبقي ولدها ـ ضمن الغاصب جميع قيمتها عند أبي حنيفة ـ رضي الله عنه ـ وعندهما: لا يضْمَن إلا نقصان الحبل خاصة.

وجه قولهما: إن الردَّ وقع صحيحاً من الغَاصِب فِي القَدْر المردود، وهو ما وراء الفَائِت بالحبل، والهلاكُ بعد الردّ حَصَل في يد المَالِك بسبب وجد في يده وهو الولادة، فلا يكون مضموناً على الغَاصِب، كما لو ماتت بسبب آخر، وكما لو باع جارية حُبْلى فولدت عند المشْتَري ثم ماتت من نِفَاسها ـ أنه لا يرجع المشْتَري على البائع بشيءٍ، كذا هذا.

وجه قول أبي حنيفة ـ رحمه الله ـ: إن الموت حَصَل بسبب كان في ضَمَان الغَاصِب وهو الحبل أو الزِّنا؛ لأن ذلك أفضى إلى الولادة، والولادة أفْضَت إلى الموت، فكان الموت مضافاً إلى السَّبب السابق، وإذا حصل الهَلاَك بذلك السبب تبين أن الردّ لم يصَّح، لانعدام شَرْط صحته، وهو أن يكون الرد مثل الأخذ من جَميع الوجوه، فَصَار كأنها ولدت في يد الغَاصِب فماتت من الوِلاَدة، ولو كان كذلك يضمن الغَاصِب جميع قيمتها، كذا هذا بخلاف مسألة البيع، لأن الواجب هنا هو التَّسليم ابتداء لا الرد، وقد وجد التسليم فخرج عن العُهْدة، وبخلاف الحرة إذا زنا بها مكرهةً فماتت من الوِلاَدة ـ أنه لا يضمن، لأنها غير مضْمُونة بالأخذ، ليلزمه الرد على وَجْه الأخذ بخلاف الأمة.

ولو كانت الجَارِية زنت في يد الغَاصِب، ثم ردها على المَالِك فحدث في يده ونقصها الضَّرب ـ ضمن الغَاصِب الأكثر من نقصان الضَّرب، ومما نقصها الزِّنا في قول أبي حنيفة ـ عليه الرحمة ـ، وعندهما: ليس عليه إلا نُقْصَان الزنا.

وجه قولهما: إن النُّقْصَان حصل في يد المالك بسبب آخر.

ولأبي حنيفة ـ رحمه الله ـ: أن النقصان حَصَل بسبب كان في ضمانِ الغَاصِب، فيضاف إلى حين وجود السبب في يد الغَاصِب بسبب وجد في يده، وهو الضرب، فلا يكون مضموناً على الغَاصِب، كما لو حصل في يد المَالِك.

فأبو حنيفة ـ رضي الله عنه ـ نظر إلى وقت وجود السَّبب، وهما نَظَراً إلى وقت ثُبُوت الحكم وهو النُّقصان؛ ولهذا قال أبو حنيفة ـ رحمه الله ـ فيمن اشترى عبداً فوجَدَه مباح الدم،

فقتل في يد المشتَري: أنه ينتقض العَقْد، ويرجع على البائع بكل القيمة، وكذلك لو كان سارقاً فقطع في يده، رجع بنصف الثمن اعتباراً للسبب السَّابق، وعندهما: يقتصر الحُكْم على الحال، ويكون في ضمان المشتَري، ويرجع على البائع بنُقصَان العَيْب.

فإن قيل: كيف يضاف النُّقْصَان إلى سَبَب كان في ضَمَان الغَاصِب، وذلك السبب لم يوجب ضرباً جارحاً، فكيف يضاف نُقصَان الجرح إليه؟

ولهذا قال أبو حنيفة ـ رحمه الله ـ في شهود الزِّنا إذا رجعوا بعد إقامة الجلدات[1]: أنهم لا يضمنون بنقصان الجرح؛ لأن شَهَادتهم لم توجب ضرباً جارحاً، فلم يضف نُقْصَان الجرح إليها، كذا هذا.

قيل له: إن النُقصان لا يضَاف إلى السَّبب السابق هٰهنا، كما لا يضاف إلى شهادة الشُّهود هناك، إلا أنه وجب الضَّمان هٰهنا، لأن وجوب ضَمَان الغصب لا يقف على الفِعْل، فيستند الضرب إلى سبب كان في يد الغَاصِب، ولا يستند إليه أثره، فيصير كأنها ضُربَت في يد الغَاصِب فانجرحت عند الضَّرب لا بالضَّرب، ولو كان ذلك لضَمِن الغاصب؛ كذا هذا، وإنما اعتبر الأكثر من نُقْصَان، الضرب ومن نقصان الزِّنَا لما ذكرنا فيما تقدَّم؛ أن النقصانين جميعاً حَصَلاَ بسبب واحدٍ، فتعذر الجمع بين الضَّمانين، فيجب الأكثر ويدخل الأقل فيه، والله أعلم.

ولو كانت الجارية المغْصُوبة سرقت في يد الغَاصِب، فردَّهَا على المالك فقطعت عنده ـ يضمن الغَاصِب نصف قيمتها في قول أبي حنيفة ـ رحمه الله ـ، وعندهما: لا يضمن إلا نُقْصَان السرقة، والكلام في هذه المسألة في الطَّرفين جميعاً على نحو الكلام في المسألة الأولى، إلا أن أبا حنيفة ـ رحمه الله ـ اعتبر نُقْصَان القَطْعْ هٰهنا، ولم يعتبر نقصان عَيْب السرقة، واعتبر نُقْصَان عيب الزنا هناك، لأن نقصان القَطْع يكون أكثر من نُقْصَان السرقة ظاهراً وغالباً، فدخل الأقل في الأكثر، بخلاف نقصان عيب الزنا، لأنه قد يكون أكثر من نُقْصَان الضَّرب، لذلك اختلف اعتباره، والله سبحانه وتعالى أعلم.

ولو حمت الجارية المغصوبة في يد الغَاصِب فردّها على المولى، فماتت في يده من الحمّى التي كانت في يد الغَاصِب ـ لم يضمن الغَاصِب إلا ما نقصها الحمى في قولهم جميعاً، لأن المَوْت يحصل بالآلام التي لا تتحمَّلها النفس، وأنها تحدث شيئاً فشيئاً إلى أن يتناهى، فلم يكن المَوْت حاصلاً بسبب كان في ضَمَانِ الغَاصِب، فلا يضمن إلا قدر نُقْصان الحمى.

ولو غصب جارية محمومة أو حبلى، أو بها جراحة أو مرض آخر سوى الحمى، فماتت من ذلك في يد الغَاصِب ـ فهو ضامن لقيمتها وبها ذلك.

---

(١) في أ: الحد.

فرق بين هذا وبين ما إذا مَاتَتْ في يد المولى بحبل كان في يد الغَاصِب، حيث جعل هنالك مَوْتها في يد المَالِك كموتها في يد الغَاصِب، ولم يجعل هٰهنا موتها في يد الغَاصِب كموتها في يد المَالِك.

٢/ ٢٨٢ب

ووجه الفرق/ : أن الهلاك هناك حَصَل بسبب كان في ضَمان الغَاصِب وهو الحبل، لأنه يفضي إليه، فأضيف إليه كأنه حَصل في يده، فتبين أن الردَّ لم يصح؛ لعدم شرط الصِّحة على ما بينا، والهلاك هٰهنا إن حصل بسَبَب كانَ في يد المولى، لكن لم يحصل بسبب كان في ضَمانه؛ لأن الحبل لم يكن مضموناً عليه، فإذا غصبها فقد صارت مضْمُونة بالغَصْب؛ لأن انعقاد سبب الهَلاَك لا يمنع دُخُولها في ضمان الغَاصِب، لأن وجوب ضمان الغَصْب لا يقف على فعل الغَاصِب، فإذا هلَك في يده تقرَّر الضمان، لكن منقوصاً بما بها من المرض، لأنها لم تدخل في ضمان الغَصْب إلا كذلك، والله سبحانه وتعالى أعلم.

وعلى هذا يخرج ما إذا غصب جارية سمينةً فهزلت في يد الغَاصِب فردَّها[1] إن عليه نقصان الهزال، ولو عادت سَمِينة في يده فردَّها، لا شيء عليه؛ لأن نقصان الهزال المجبر بالسِّمن، فصار كأن لم يكن أصلاً، وكذا إذا قلعت سنَّها في يده فنبتت فردَّها، لأنها لما نبتت ثانياً جعل كأنها لم تقلع، وكذا إذا قطعت يدها في يده فردَّها مع الأرش لما قلنا، والله سبحانه وتعالى أعلم.

وعلى هذا يخرج نقصان الوِلاَدة ـ أنه مَضْمُون على الغَاصِب، لفوات جزء من المغْصُوب بالولادة، إلا إذا كان له جابر فينعدم الفَوَات من حيث المعنى.

وجملة الكلام في الجارية المغْصُوبة إذا نقصتها الولاَدة: أن الأمر لا يخْلُو إما أن كان الأم أو الولد[2] جميعاً قائمين في يد الغَاصِب، وإما أن هلكاً جميعاً في يده، وإما أن هلك أحدهما وبقي الآخر، فإن كانا قائمين ردهما على المغْصوب منه، ثم ينظر إن كان في قِيمَة الولد وفاء لنُقْصَان الولادة، انجبر به ولا شيء على الغاصب، وإن لم يكن في قيمته وفاء بالنُّقصَان، انجبر بقدره وضَمِن الباقي استحساناً، وهو قول أصحابنا الثلاثة ـ رضي الله عنهم ـ، والقياس ألا يجوز، وهو قول زفر والشَّافعي رحمهما الله.

ولو لم يكن في الولد وفاء بالنُّقصان وقت الرد، ثم حصل به وَفَاء بعد الرد ـ لم يعتبر ذلك؛ لأن الزيادة لم تحْصُل في ضَمَان الغَاصِب، فلا تصلح لجبر النُّقصان.

وقالوا إن نقصان الحبل على هذا الخِلاَف، بأن غصب جارية حائلاً فحملت في يد

---

(١) سقط في ط.

(٢) في أ: الأم والولد.

الغاصب، فردَّها إلى المالك فولدت عنده ونقصتها الولادة وفي الولد وفاء ـ لا يضمن الغَاصب شيئاً خلافاً لزفر رحمه الله.

وعلى هذا الخلاف إذا بيعت بيعاً فاسداً وهي حامل، فولدت في يد المشْتَري ونقصتها الولادة، وفي الولد وفاء، فرد المشْتَري الجارية مع الولد إلى البَائع ـ أنه لا يضْمَن شيئاً خلافاً لزفر.

وعلى هذا الخِلاَف إذا كان له جارية للتِّجارة، فحال عليها الحَوْل وقيمتها ألف درهم، فولدت فنقصتها الولادة مائتي درهم، وفي الولد وفاء بالنُّقصان ـ أنه يبقى الواجب في جميع الألف، ولا يسقط منه شيء، وعند زفر ـ رحمه الله ـ: يبقى فيما وراء النقصان، ويسقط بقدره.

وجه قول زفر ـ رحمه الله ـ في مسألة الغصب: أنه وجد سبب وجوب الضَّمان وهو النقصان، فيجب الضَّمان جبراً له؛ لأن ضمان الغَصْب ضمان جبر الفائت، وقد حصل الفَوَات، فلا بدَّ له من جابر، والولد لا يصلح جابراً له، لأن الفائت ملك المغْصُوب منه، والولد ملكه أيضاً، ولا يعقل أن يكون مِلْك الإنسان جابراً لملكه، فلزم جبره بالضَّمان.

ولنا: أن هذا نقصان صورة لا معنى، فلا يكون مضموناً؛ كنقصان السن والسمن والقطع وقد مر.

والدليل على أن هذا ليس نُقْصَاناً معنى: أن سبب الزيادة والنُّقْصَان واحد وهو الولادة، واتحاد سبب الزِّيادة والنقصان يمنع تحقُّق النُّقصان من حيث المعنى؛ لأن الزيادة مال متقوّم مثل الفائت، فالسبب الذي فوت أفاد له مِثْله من حيث المَعْنى، فلم يحصل الفَوَات إلا من حيث الصُورة، والصورة غير مضْمُونة بالقيمة في ضمان العُدْوَان، وقد خرج الجَوَاب عن قوله: إن جبر ملكه بملكه غير معقول؛ لأن ما ذكرنا يمنع تحقُّق النُّقصان من حيث المعنى، فيمتنع تحقق الفَوَات من حيث المَعْنى، فلا حاجة إلى الجَابِر.

وإن هلكا جميعاً في يد الغاصب، ضمن قيمة الأم يوم غصب، لتحقُّق الغصب فيها، ولم يضمن قيمة الولد عندنا، لأنه غير[1] مغصوب، وعند الشافعي ـ رحمه الله ـ: يضمن لوجود الغصب فيه، وقد مرت المسألة في صَدْر الكتاب.

وإن كان الغَاصِب قتل الولد أو باعه، ضمن قيمته مع قيمة أمه؛ لأن الوَلَد إن كان أمانة في يد الغَاصِب عندنا، فالأمانة تصير مضْمُونة بوجود سَبَب الضَّمان فيها، وقد وجد على ما بينا فيما تقدم.

---

(١) في أ: يصير.

فإن كانت قيمَة الأم ألف درهم، فنقصتها الولادة مائة درهم [والولد يساوي مائتين ـ ضمن قيمة الأم يوم الغَصْب ألف درهم، وضمن من الولد نصف قيمته مائة درهم، يدخل ذلك النِّصف في قيمَة الأم، وإن شئت ضمنته قيمة الأم يوم ولدت وقيمة الولد بأمه، وكل ذلك سواءً، لأن النقصان إذا انجبر بالوَلَد كان الواجب من الضَّمان في الحَاصِل ألف ومائة، فإن اعتبرت قيمة الأمّ تامة، بقي نصف قيمة الولد؛ وإن اعتبرت قيمة الأم تسعمائة، بقي كل قيمة الولد، وإن هلك أحدهما وبقي الآخر، فإن هلك الولد قبل الردِّ رد الأم وضَمن نُقْصَان الولادة، وليس عليه ضمان الولد عندنا؛ لأنه هلك أمانة، فإن هلكت الأم وبقي الولد، ضمن قيمة الأم يوم غصب، وردّ الولد ولا تجبر الأم بالوَلَد.

وإن كان في قيمة الولد وفاء بقيمة الأم، بخلاف ضمان النقصان ـ أنه يجبر بالولد، لأن الجبر هناك لاتحاد سبب النُّقصان والزيادة وهو الولادة، ولم توجد هٰهنا، لأن الوِلاَدة سبب لحُصُول الولد وليست سبباً لَهَلاك الأم؛ لأنها لا تُفْضِي إلى الهلاكَ غالباً، فلم يتحد السَّبب فيتعذر الجبر، والله سبحانه وتعالى أعلم.

وعلى هذا يخرج ما إذا غَصَب ثوباً فَقَطعه ولم يخطه ـ أن للمغْصُوب منه أن يضْمَنه النقصان، غير أن النقصان إن كان يسيراً لا خيار للمغْصُوب منه، وليس له إلا ضمان النُّقصان، لأن ذلك نقص وتَعْيِيب، فيوجب ضَمَان نقصان العيب وإن كان فاحشاً؛ بأن قطعه قباء أو قميصاً ـ فهو بالخيار إن شَاءَ أخذه مقطوعاً وضمنه ما نقصه القطع، وإن شاء تركه عليه وضمنه قيمة ثوب غير مقْطُوع، لأن القطع الفَاحِش يفوت بعض المنَافِع المطْلُوبة من الثَّوب.

ألا ترى أنه لا يصلح لما كان يصْلُح له قبل القَطْع، فكان استهلاكاً له من وجه، فيثبت له الخيار.

وكذلك لو غصب شاةً فذبحها ولم يشْوِها ولا طبخها ـ فالمغصوب منه بالخيار إن شاء أخذ الشَّاة وضمنه نُقْصَان الذبح، وإن شاء تركها عليه وضمنه قِيمَتها يوم الغصب، كذا ذكر في الأصل، وسواء سلخها الغَاصِب وأربها أو لا، بعد أن لم يكن شواها ولا طَبخَها.

وروى الحسن عن أبي حنيفة ـ رحمهما الله ـ: أنه إن شاء أخذ الشَّاة ولا شيء له غيرها، وإن شَاءَ ضمنه قيمتها يوم الغَصْب.

وجْه هذه الرواية: أن ذبح الشَّاة إن كان نقصاناً صورة، فهو زيادة من حيث المعنى؛ لأن المقصود من الشاة اللحم، والذبح وسيلة إلى هذا المقْصُود، فلم يكن نقصاناً بل كان زيادة، حيث رفع عنه مؤنة الوَسيلة، فكان الغَاصِب محسناً في الذبح، وقد قال الله تعالى: ﴿مَا عَلَى الْمُحْسِنِينَ مِنْ سَبِيلٍ﴾ [التوبة: ٩١] فإذا اختار أخذ اللحم لا يلزمه شيء آخر، إلا أنه ثبت له خيار الترك عليه، ويضمنه القيمة، لفوات مقصود ما في الجملة.

وجه رواية الأصل: أن الشاة كما يطلب منها اللَّحم يطلب منها مقاصد أخر من الدر والنسل والتجارة، فكان الذَّبح تفويتاً لبعض المقاصِد المطلوبة منها فكان تنقيصاً لها واستهلاكاً من وجه، فيثبت له خيار تضمين النُّقصان، وخيار تضمين القيمة كما في مسألة الثوب.

وعلى هذا الأصل يخرج ما إذا غصب من إنسانٍ عيناً من ذوات القيم، أو من ذوات الأمثال، ونقلها إلى بلدة أخرى، فالتقيا والعين في يد الغَاصِب، وقيمتها في ذلك المكان أقلّ من قيمتها في مكان الغَصْب ـ أن للمغصوب منه أن يُطَالبه في ذلك المكانِ بقيمتها التي في مكان الغَصْب، لأن قيم الأعيان تختلف باختلاف الأمَاكِن بالزيادة والنّقصان، فإذا نقلها إلى ذلك المكان وقيمتها فيه أقل من قيمتها في مكان الغَصْب، فقد نقصها من حيث المعنى بالنَّقل، فلو أجبر على أخذ العين لتضرَّر به من جهة الغَاصِبِ، فيثبت له الخِيَار إن شاء طالبه بالقِيمَة التي في مكان الغَصْب وإن شَاءَ انتظر العَوْد إلى مكان الغَصْب، بخلاف ما إذا وجده في البَلَد الذي غصبه فيه، وقد انتقص السِّعر ـ إنه لا يكون له خيار، لأن النقصان هناك ما حصل بصنعه، لأنه حصل بتغير السعر، ولا صنع للعَبْد في ذلك، بل هو محض صُنْع الله عز وجل، أعني مصنوعة، فلم يكن مضمُوناً عليها.

ولو كانت قيمة العيْن في المكان المنقُول إليه مثل قيمتها في مَكَان الغَصْب أو أكثر، ليس له ولاية المطالبة بالقِيمَة، لأن الحكم الأصلي للغصْب هو وجوب ردّ العين حال قيامِ العَيْن، والمصير إلى القيمة لدفع الضرر، وهٰهنا يمكن الوُصُول إلى العين من غير ضَرَر يلزمه، فلا يملك العدول إلى القيمة.

ولو كان للمغْصُوب دراهم أو دنانير، فليس له أن يطالبه بالقِيمَة وإن اختلف السِّعر، لأن الدراهم والدنانير جعلت أثْمَان الأشياء، ومعنى الثمنية لا يُخْتَلف باختلاف الأماكن عادة، لأنه ليس لها حمل ومؤنة لعزتها وقلتها عادة، فلم يكن النقل نقصاناً لها [واختلاف قيم الأعيان][١] باختلاف الأماكن للحَاجَة إلى الحمل والمؤنة ولم يوجد، فلم يكن له ولاية المُطَالَبة بالقيمة، وله أن يطالبه بردِّ عينها، لأنه هو الحكم الأصلي للغَصْب والمصير إلى القِيمَة لعارض العَجْز أو الضرر ولم يوجد.

هذا إذا كانت العين المغصوبة قائمة في يد الغاصب، فأما إذا كانت هالكة فالتقيا، فإن كانت من ذات القِيَم أخذ قيمتها التي كانت وَقْت الغَصْب، لأنها إذا هلكت تبين أن الغَصْب السَّابق وقع إتلافاً من حين وجوده، والحكم يثبت من حين وجود سَبَبه[٢].

---

(١) سقط في ط.

(٢) في أ: سبب وجوده.

٢/٢٨٣أ وإن كان من / ذوات الأمثال ينظر إن كان سعرها في المكان الذي التقيا فيه أقل من سعرها في مكان الغصب، فالمغصوب منه بالخِيَار إن شاء أخذ القِيمَة التي للعين في مكان الغَصْب، وإن شاء انتظر، ولا يجبر على أخذ المِثْل في هذا المَكَان، لما ذكرنا أنه نقص العين بالنَّقل إلى هذا المكان؛ لما بينا أن اختلاف قيمة الأشياء التي لها حمل ومؤنة يخْتَلف باخْتِلاَف المكَانَ لمكان الحمل والمؤنة، فالجبر على الأخذ في هذا المَكَان يكون إضراراً به، فيثبت له الخيار إن شاء أخذ القيمة وإن شاء انتظر، كما لو كانت العين قائمةً وقيمتها في هذا المكان أقل.

وإن كانت قيمتها في هذا المكان مثل قيمتها في مكان الغَصْب، كان للمغْصُوب منه أن يطالبه بالمثل، لأنه لا ضَرَر فيه على أحد، وإن كانت قيمتها في مكان الخُصُومة أكثر من قيمتها في مكان الغَصْب، فالغاصب بالخيار إن شاء أعْطَى المثل في مكان الخُصُومة، وإن شاء أعطى القيمة في مكان الغَصْب، لأن في إلزام تَسْليم المثل في مكان الخصُومة، ضرراً بالغاصب، وفي التأخير إلى العود إلى مكان الغصب ضرراً بالمغصوب منه، فيسلم إليه في هذا المَكَان القيمة التي له في مكان الغَصْب، إلا أن يرضى المغْصوب منه بالتأخير، والله علم.

وإن كان المغْصُوب من أموال الربا [مما][1] لا يجوز بيعه بجنسه مُتَفَاصلاً كالمَكِيلات والموزونات، فانتقص في يد الغَاصب بصنعه أو بغير صُنْعه، فليس للمغصوب منه أن يأخذه منه ويضمنه قيمة النّقصان، لأنه يؤدي إلى الربا.

وعلى هذا يخرج ما إذا غصب حنطة، فعفنت في يد الغاصب أو ابتلَّت، أو عبَّ الغاصب فيها ماء فانتقصت قيمتها ـ أن صاحبها بالخيار إن شاء أخَذَها بعينها ولا شيء له غيرها، وإن شاء تركها على الغاصب، وضمنه مثل ما غصبت[2]، وليس له أن يأخذها ويضمنه النُّقصان، وهذا عندنا، وعند الشافعي ـ رحمه الله ـ: له ذلك، بناء على أن الجودة بانفرادها لا قيمة لها في أموال الربا عندنا، وعنده: لها قيمة والمسألة مرَّت في كتاب البُيُوع.

وإذا لم تكن متقومة لا تكون مضمونة، لأن المضمون هو المال المتقوم، ولأنها إذا لم تكن متقومة تؤدِّي إلى الربا.

ولو غصب درهماً صحيحاً أو ديناراً صحيحاً، فانكسر في يده أو كسره ـ إن كان في موضع لا يتفاوت الصحيح والمكسر في القيمة ـ لا شيء على الغاصب وإن كان في موضع يتفاوت، فصاحبها بالخيار، إن شاء أخذه بعينه ولا شيء له غيره، وإن شاء تركه عليه وضمنه

(١) سقط في ط. (٢) في أ: غصب.

مثل ما أخذ، وليس له أن يأخذ بعينه ويضمنه النقصان عندنا، خلافاً للشافعي ـ رحمه الله ـ؛ بناء على الأصل الذي ذكرنا.

وإن كان المغصوب إناء فضة أو ذهب، فانهشم في يد الغاصب أو هشمه فالمالك بالخيار إن شاء أخذه بعينه ولا شيء له غيره، وإن شاء ضمنه قيمته من خلاف الجنس، لأن الجودة لا قيمة لها بانفرادها، فأما مع الأصل فمتقومة، خصوصاً إذا حصلت بصنع العباد فلا بد من التضمين، والتضمين بالمثل غير ممكن، لأنه لا مثل له فوجب التضمين بالقيمة، ثم لا سبيل إلى تضمينه بجنسه، لأنه يؤدي إلى الرِّبا، فلزم[1] تضمينه بخلاف جنسه بخلاف الدراهم والدنانير؛ لأن هناك إيجاب المثل ممكن، وهو الأصل في الباب، فلا يعدل عن الأصل من غير ضرورة، ولو قضى عليه بالقيمة من خلاف الجنس، ثم تفرقا قبل التقابض من الجانبين ـ لا يبطل القضاء عند أصحابنا الثلاثة ـ رضي الله عنهم ـ، لأن القيمة قامت مقام العين، وعند زفر ـ رحمه الله ـ: يبطل، لأنه صرف.

وكذلك آنية الصُفْرِ والنحاس والشبة والرصاص، إن كانت تباع وزناً فهي وآنية الذهب والفضة سواء، لأنها إذا كانت تباع وزناً لم تخرج بالصناعة عن حد الوزن، فكانت موزونة، فكانت من أموال الربا كالذَّهب والفِضَّة، فإذا انهشمت في يد الغاصب نفسه أو غيره، فحدث فيها عيب فاحش أو يسير ـ إن شاء أخذه كذلك ولا شيء له غيره، وإن شاء تركه عليه بالقيمة من الدَّراهم والدَّنانير، ولا يكون التقابض فيه شرطاً بالإجماع، وكذلك هذا الحكم في كل مَكيل وموزون إذا نقص من وصفه لا من الكيل والوزن.

وإن كانت تباع عدداً فانكسرت أو كسرت، إن كان ذلك لم يورث فيه عيباً فاحشاً، فليس لصاحبه فيه خيار الترك، ولكنه يأخذها ويضمنه نقصان القيمة. وإن كان أورث عيباً فاحشاً، فصاحبها بالخيار إن شاء أخذها وأخذ قيمة النقصان، وإن شاء تركها عليه وضمنه قيمتها صحيحاً.

وعلى هذا يخرج ما إذا غصب عصيراً فصار خلاً في يده، أو لبناً حليباً فصار مخيضاً، أو عنباً فصار زبيباً، أو رطباً فصار تمراً ـ أن المغصوب منه بالخيار إن شاء أخذ ذلك الشيء بعينه ولا شيء له غيره، لأن هذه من أموال الربا فلم تكن الجودة فيها بانفرادها متقومة، فلا تكون متقومة، وإن شاء تركه على الغاصب، وضمنه مثل ما غصب لما ذكرنا فيما تقدم.

وأما طريق معرفة النُّقصان فهو أن يقوَّم صحيحاً، ويقوم وبه العيب، فيجب قدر ما بينهما/ لأنه لا يمكن معرفة قدر النقصان إلا بهذا الطريق، والله سبحانه وتعالى أعلم. ٢/ ٢٨٤أ

---

(١) في أ: فلزمه.

وأما الذي يتعلق بحال زيادة المغصوب: فنقول وبالله التوفيق: إذا حَدَثت زيادة في المغصوب في يد الغاصب، فالزيادة لا تخلو إما إن كانت منفصلة عن المغصوب، وإما إن كانت متصلة به، فإن كانت منفصلة عنه أخذها المغصوب منه مع الأصل، ولا شيء عليه للغاصب، سواء كانت متولدة من الأصل؛ كالولد والثمرة واللبن والصوف، أو ما هو في حكم المتولد، كالأرش والعقر، أو غير متولدة منه أصلاً، كالكسب من الصيد والهبة والصدقة ونحوها، لأن المتولد منها نماء ملكه فكان ملكه، وما هو في حكم المتولد بدل جزء مملوك أو بدلُ ما له حكم الجُزْء فكان مملوكاً له، وغير المتولد كسب ملكه فكان مِلْكه[1].

---

(١) وزيادة المغصوب أما أن تكون منفصلة عنه وإما أن تكون متصلة به فإن كانت الزيادة منفصلة عن المغصوب أخذها المغصوب منه مع الأصل، ولا شيء عليه للغاصب سواء كانت الزيادة متولدة من الأصل كالولد والثمر واللبن والصوف، أو في حكم المتولد من الأصل كالأرش والعقر، أو غير متولدة أصلاً كالكسب من الصيد وذلك لأن المتولد ثمار ملكه وما هو في حكم المتولد بدل الجزء أو ما له حكم الجزء المملوك، وغير المتولد كسب ملكه فيكون جميع ذلك ملكاً له، وهذا متفق عليه بين الفقهاء.

أما بدل المنفعة وهو الأجرة بأن آجر الغاصب المغصوب فإن الغاصب يملك الأجرة عند الحنفية خلافاً لغيرهم، والكلام في ذلك قد سبق بسطه عند الكلام على ضمان المنافع.

وأما الزيادة المتصلة فهي على قسمين: «القسم الأول» ما يمكن فيه إعادة العين المغصوبة إلى حالتها الأولى كالأرض يبنيها الغاصب أو يزرعها ـ «القسم الثاني» ما يتعذر فيه ذلك كالسويق يلت بالسمن إذا أمكن إرجاع المغصوب إلى حالته الأولى كلف الغاصب بإعادته إلى تلك الحالة وإن ترتب على ذلك نقص ضمنه، ويلزم بأجر المثل في مرة الغصب عند غير الحنفية وفرض الكلام في البناء والغراس في أرض الغير، وهو نوع من أنواع الالتصاق الصناعي في عرف القانون التصاق منقول بعقار ولذلك ثلاث حالات:

الحالة الأولى: البناء أو الغراس في أرض الغير بمال مملوك للغاصب. لو بنى الغاصب أو غرس في أرض الغير بمال مملوك له فللمالك أن يكلفه بهدم البناء وقلع الغراس وتسليم الأرض فارغة إليه وهذا الحكم متفق عليه بين الفقهاء والدليل على ذلك ما يأتي:

أولاً: ما رواه أبو داود والدارقطني عن عروة بن الزبير عن عائشة إن رسول الله ﷺ قال: «من أحيا أرضاً ميتة فهي له، وليس لعرق ظالم حق». والفارس والباني كل منهما صاحب عرق ظالم فلا يكون لهما أي حق في الأرض.

ثانياً: أن الغاصب شغل ملك غيره بملكه من غير إذنه فيلزمه تفريقه كما لو شغل أرض غيره بإنائه أو حيوانه.

ولو أراد المالك أن يتملك البناء أو الغراس كان له ذلك وملكه بالقيمة فيقوم مستحق القلع ويعطي للغاصب، وهذا عند المالكية.

وذهب الشافعية والحنابلة إلى أنه ليس له ذلك إلا إذا قيل الغاصب أما إذا لم يقبل وأراد القلع فلا يجبر عليه لأنه معاوضة والمعاوضة لا بد فيها من الرضا. وعن الشافعية رواية بالأجبار إذا لم يقبل الغاصب وذهب الحنفية إلى أنه يجوز للمالك ذلك إن كان القلع والهدم ينقص الأرض لما فيه من النظر لهما.

وقلع الغراس أو هدم البناء هو ظاهر الرواية عند الحنفية، ولكن نقل عن الكرخي تفصيل حاصله: إذا =

وأما بدل المنفعة[١] وهو الأجرة، بأن آجر الغاصب المغصوب، يملكه الغاصب عندنا ويتصدق به، خلافاً للشافعي ـ رحمه الله ـ؛ بناء على أن المنافع ليست بأموال متقومة بأنفسها عندنا حتى لا تضمن بالغصب. والإتلاف، وإنما يتقوَّم بالعقد، وأنه وجد من الغاصب، وعنده: هي أموال متقومة بأنفسها مضمونة بالغصب والإتلاف كالأعيان، وقد ذكرنا المسألة فيما تقدم والله أعلم.

وإن كانت متَّصلة به، فإن كانت متولدة كالحسن والجمال والسِّمن والكبر ونحوها ـ أخذها المالك مع الأصل ولا شيء عليه للغاصب، لأنها نماء ملكه وإن كانت غير متولدة منه

= كانت قيمة البناء أو الغراس أكثر من قيمته الأرض لا يؤمر الغاصب بالقلع، بل يتملك الأرض بقيمتها وإن كانت قيمة البناء أو الغراس أقل من قيمة الأرض فإنه يؤمر بالقلع وقد عللوا ذلك بأن الضرر «في خروج الغاصب عن بنائه أو غرسه بالقيمة أشد من خروج المالك عن أرضه بالقيمة، والضرر الأشد يزال بالضرر الأخف وقالوا إن هذا قريب من مسائل حفظت عن محمد منها: لو ابتلعت دجاجة لؤلؤة، أو أدخل البقر رأسه في قدر ولم يمكن إخراجه إلا بكسر القدر أو سقط دينار في محبرة غيره ولم يمكن إخراجه إلا بكسرها. فإن صاحب الأكثر يتملك الأقل بالضمان.

وعندي أن هذا تعليل في مقابلة النص، لأن النص لم يفرق بين الحالتين، إذ نفى حق الغاصب في الأرض سواء كانت أكثر من قيمة البناء أو أقل، بخلاف غيرها من المسائل المذكورة إذ لا يشملها النص، ولو قلنا بذلك لفتحنا للغصاب [وهم أصحاب حول وطول ومال وجاه] باب العدوان فيعمدون إلى غيرهم من أصحاب الأرضين الذين لا يسمحون لهم بإعطاء أراضيهم فيشيدون عليها البنايات الشاهقة وبذلك يضيع على الناس حرية التصرف في أموالهم، مع أن الشارع قد حفظ لهم تلك الحرية.

فإن كانت الأرض تنقص بالقلع ضمن الغاصب النقصان وقال الحنفية يضمن المالك للغاصب قيمة البناء أو الغراس مستحق القلع ويكونان له: وعللوا ذلك بأن فيه نظراً لهما ودفعاً للضرر عنهما.

وعندي أن هذا محمول على سبيل التخيير لا على سبيل الإلزام، لأن المالك يتضرر بهذا الضمان إن أجبر عليه، إذ قد يكون له غرض آخر في أرضه غير البناء أو الغراس فلو أوجبنا عليه الضمان وقلع ذلك توصلاً إلى غرضه لازداد ضرراً، أما الغاصب فإنه يجب أن يتحمل ضمان النقصان لأنه معتد.

وتجب أجرة الأرض إن مكثت في يد الغاصب مرة تجب لمثلها أجرة ولم يتعرض الحنفية لأجر المدة التي شغل الغاصب فيها الأرض كما تعرض لذلك غيرهم، لأنهم لا يقولون بضمان المنافع. وبناء على ما قدمنا من ترجيح القول بضمان المنافع فإننا نرى وجوب الأجرة على الغاصب في المدة التي شغل فيها الأرض هذا ويرى الفقهاء أن مصاريف القلع أو الهدم يتحملها الغاصب وحده.

البناء أو الغراس في أرض الغير بمال مملوك لغير الغاصب والمالك ذهب الحنابلة إلى أن المالك مخير في هذه الحالة بين تملك البناء أو الغراس بالقيمة وبين قلعه مع ضمان النقصان للمالك والضامن للنقصان هو الغاصب وذهب الشافعية إلى أن لكل من مالك الأرض ومالك البناء التزام الغاصب بالقلع ويضمن لكل منهما ما أصابه من نقص.

ينظر: الغصب لشيخنا عبد العال أحمد عطوة.

(١) في أ: ملك.

ينظر إن كانت الزِّيادة عين مال متقوم قائم في المغصوب وهو تابع للمغصوب ـ فالمغصوب منه بالخيار على ما نذكر إن شاء الله تعالى وإن كان[1] عين مال متقوم قائم، أخذها المغصوب منه ولا شيء للغاصب، وإن كانت عين مال متقوم ولكنه ليس يتبع[2] للمغصوب، بل هي أصل بنفسها ـ تزول عن ملك المغْصُوب منه، وتصير ملكاً للغاصب للضمان.

وبيان هذا في مسائل: إذا غصب من إنسان ثوباً فصبغه الغاصب بصبغ نفسه، فإن صَبَغه أحمر أو أصفر بالعصْفُر والزَّعفران وغيرهما من الألوان سوى السواد ـ فصاحب الثوب بالخيار إن شاء أخذ الثَّوب من الغاصِب، وأعطاه ما زاد الصبغ فيه.

أما ولاية أخذ الثوب؛ فلأن الثوب ملكه لبقاء اسمه ومعناه، وأما ضمان ما زاد الصبغ فيه، فلأن للغاصب عين مال متقوم قائم، فلا سبيل إلى إبطال ملكه عليه من غير ضمان، فكان الأخذ بضمان رعاية للجانبين، وإن شاء ترك الثوب على الغاصب وضمنه قيمة ثوبه أبيض يوم الغصب، لأنه لا سبيل إلى جبره على أخذ الثوب؛ إذ لا يمكنه أخذه إلا بضمان وهو قيمة ما زاد الصبغ فيه، ولا سبيل إلى جبره على الضمان، لانعدام مباشرة سبب وجوب الضَّمان منه.

وقيل: له خيار ثالث؛ وهو أن له ترك الثَّوب على حاله، وكان الصبغ فيه للغاصب، فيباع الثوب ويقسم الثمن على قدر حقهما؛ كما إذا انصبغ لا بفعل أحد، لأن الثوب ملك المغصوب منه، والصبغ ملك الغاصب والتمييز متعذر، فصارا شريكين في الثوب فيباع الثوب ويقسم الثمن بينهما على قدر حقهما، وإنما كان الخيار للمغصوب منه لا للغاصب، وإن كان للغاصب فيه ملك أيضاً وهو الصبغ؛ لأن الثوب أصل والصَّبغ تابع له، فتخيير صاحب الأصل أولى من أن يخير صاحب التبع، وليس للغاصب أن يحبس الثوب بالعصفر، لأنه صاحب تبع وإن صبغه أسود اختلف فيه:

قال أبو حنيفة ـ رحمه الله ـ: صاحب الثَّوب بالخيار إن شاء تركه على الغاصب وضمنه قيمة ثوبه أبيض، وإن شاء أخذ الثوب ولا شيء للغاصب، بل يضمنه[3] النقصان.

وقال أبو يوسف ومحمد ـ رحمهما الله ـ: السَّواد وسائر الألوان سواء، وهذا بناء على أن السواد نُقْصَان عند أبي حنيفة ـ رضي الله عنه ـ، لأنه يحرق الثوب فينقصه، وعندهما: زيادة كسائر الألوان.

وقيل: إنه لا خلاف بينهم في الحقيقة، وجواب أبي حنيفة ـ رحمه الله ـ في سواد ينقص، وجوابهما في سودا يزيد.

---

(١) في ط: وإن لم تكن. (٢) في ط: بيع. (٣) في أ: ضمنه.

وقيل: كان السواد يعد نقصاناً في زمنه، وزمنهما كان يعد زيادة، فكان اختلاف زمان. والله سبحانه وتعالى أعلم.

وأما العصفر[١] إذا نقص الثوب؛ بأن كانت قيمة الثَّوب ثلاثين، فعادت قيمته بالصبغ إلى عشرين، فإنه ينظر إلى قدر ما يزيد هذا الصبغ لو كان في ثوْب يزيد هذا الصَّبغ قيمته ولا ينقص، فإن كان يزيده قدر خَمْسة دراهم، فَصَاحب الثوب بالخيار، إن شاء ترك الثوب على الغَاصِب وضمنه قيمة الثَّوب أبيض ثلاثين درهماً، وإن شاء أخذ الثَوب وأخذ من الغَاصب خمسة دراهم؛ كذا قال محمد ـ رحمه الله ـ، لأن العُصْفَر نقص من هذا الثَّوب عشرة دراهم، إلا أن يقدر خمسة فيه صبغ، فانجبر نقصان الخمسة به أو صارت الخمستان قصاصاً، وبقي نقصان خمسة دراهم، فيرجع عليه بخَمْسة، وكذلك السواد على هذا، والله أعلم.

ولو صبغ الثوب المغصوب بَعُصْفُرِ/ نفسه وباعه وغاب، ثم حضر صاحب الثَّوب ـ يقضي له بالثوب، ويستوثق منه بكفيل. ٢/ ٢٨٤ب

أما القضاء بالثوب لصاحب الثوب، فلما ذكرنا أن الثَّوب أصل، والصبغ تابع له فكان صاحب الثوب صاحب أصل فكان اعتبار جانبه أولى.

وأما الاستيثاق بكفيل، فلأن للغاصب فيه عين مال متقوم قائم، ولو وقع الثوب المغصوب في صبغ إنسان فصبغ به، أو هبت الريح بثوب إنسان فألقته في صبغ غيره، فانصبغ به، فإن كان الصبغ عُصْفراً أو زعفراناً، فصاحب الثوب بالخيار، إن شاء أخذ الثوب وأعطاه ما زاد الصَّبغ فيه لما مر، وإن شاء امتنع؛ لما ذكرنا أنه لا سبيل إلى جبره على الضَّمان، لانعدام مُبَاشرة سبب وجوب الضَّمان منه، فيباع الثوب فيضرب كل واحد منهما بحقه، فيضرب صاحب الثوب بقيمة ثوبه أبيض، لأن حقه في الثوب الأبيض، وصاحب الصَّبغ يضرب بقيمة الصَّبغ في الثوب وهو قيمة ما زاد الصَّبغ فيه، لأن حقه في الصبغ القائم في الثَّوب لا في الصبغ المنفصل، وإنما ثبت الخيار لصَاحب الثَّوب لا للغاصب لما بيَّنا.

وإن كان سواداً أخذه صاحب الثوب ولا شيء عليه من قيمة الصَّبغ، بل يضمنه النُّقْصان إن كان غاصباً، لأن النُّقصان حصل في ضمانه، وهذا قول أبي حنيفة ـ رحمه الله ـ، وعندهما: حكمه حكم سائر الألوان على ما بيَّنا، والله سبحانه وتعالى أعلم.

وكذلك السمن يخلط بالسويق المغصوب أو يخلط[٢] به، فالسويق بمنزلة الثوب، والسمن بمنزلة الصبغ، لأن السويق أصل والسمن كالتَّابع له.

---

(١) العُصْفُرُ: نبات صيفي من المركبات الأنبوبية الزهر، يستعمل زهره تابلاً، ويستخرج منه صبغ أحمر يصبغ به الحرير ونحوه. المعجم الوسيط (عصفر).

(٢) في أ: يختلط.

ألا ترى أنه يقال: سويق ملتوت، ولا يقال: سمن ملتوت.

وأما العسل إذا خلط بالسَّمن أو اختلط به فكلاهما أصل، وإذا خلط المِسْك بالدهن أو اختلط به؛ فإن كان يزيد الدهن ويصلحه، كان المسك بمنزلة الصبغ، وإن كان دهناً لا يصلح بالخلط، ولا تزيد قيمته كالأدهان المنتنة، فهو هالك ولا يعتد به، والله أعلم.

ولو غصب من إنسانٍ ثوباً ومن إنسان صبغاً، فصبغه به - ضمن لصاحب الصبغ صبغاً مثل صبغه، لأنه أتلف عليه صبغه وهو من ذَوَات الأمثال، فيكون مضموناً بالمثل، فبعد ذلك حكمه، وحكم ما إذا صبغ الثَّوب المغصوب بصبغ نفسه سواء؛ لأنه ملك الصبغ بالضمان وقد بينا ذلك.

ولو غصب من إنسَان ثوباً ومن آخر صبغاً فصبغه به[1] ثم غاب ولم يعرف - فهذا وما [إذا انصبغ][2] بغير فعل أحد سواء استحساناً، والقياس ألاَّ يكون لصاحب الصَّبغ على صاحب الثَّوب سبيل.

وجه القياس: ما ذكرنا أن الصبغ صار مضموناً عليه، لوجود الإتلاف منه، فملكه بالضَّمان وزال عنه ملك صاحبه.

وجه الاستحسان: أنه إذا غاب الغاصب على وجه لا يعرف، لا يمكن اعتبار فعله في إدارة الحكم عليه، فَيجعل كأنه حَصَل لا بصَبْغ أحد.

ولو غصب ثوباً وعصفراً من رجلٍ واحد، فصبغه به - فالمغصوب منه يأخذ الثوب مصبوغاً ويبرىء الغَاصِب من الضَّمان في العُصْفر والثوب استحساناً. والقياس أن يضمن الغَاصِب عصفراً مثله، ثم يصير كأنه صبغ ثَوْبه بعصفر نفسه، فيثبت الخِيَار لصاحب الثَّوب، لما ذكرنا أنه أتلف عليه عصفره وملكه بالضَّمان، فهذا رجل صبغ ثوباً بعصفر نفسه، فيثبت الخيار لصاحب الثوب.

وجه الاستحسان: أن المغصوب منه واحد، فالغاصب خلط مال المغصوب منه بماله وخلط مال الإنسان بماله - لا يعد استهلاكاً له، بل يكون نقصاناً فإذا اختار أخذ الثَّوب فقد أبرأه عن النُّقصان.

ولو كان العُصْفُرُ لرجلٍ والثوب لآخر، فرضيا أن يأخذاه كما يأخذ الواحد أن لو كانا له، فليس لهما ذلك؛ لأن المَالِكَ هٰهنا اخْتَلَف فكان الخلط استهلاكاً، والله سبحانه وتعالى أعلم.

---

(١) في ط: فيه.
(٢) في أ: فانصبغ.

ولو غصب إنسان عُصْفراً وصَبَغ به ثوب نفسه ـ ضمن عصفراً مثله، لأنه استَهْلَك عليه عصفره وله مثل، فيضمن مثله، وليس لصَاحِب العصفر أن يحبس الثوب، لأن الثوب أصل والعُصْفر تبع له، والسواد في هذا بمنزلة العُصْفر في قول أبي حنيفة ـ رضي الله عنه ـ أيضاً؛ لأن هذا ضمان الاستهلاك، والألوان كلها في حكم ضَمان الاستهلاك سواء، والله أعلم.

ولو غصب داراً فجصَّصها ثم ردها، قيل لصاحبها: اعطه ما زَادَ التَّجصيص فيها إلا أن يرضى صَاحِب الدار أن يأخذ الغَاصِب جصه؛ لأن للغَاصِب فيها عين مال متقوّم قائم وهو الجص، فلا يجوز إبْطَال حقه عليه من غير عِوَض، فيخير صاحب دار، لأنه صاحب أصل؛ فإن شاء أخذها وغرم للغاصب ما زاد التجصيص فيها، وإن شاء رضي بأن يأخذ جَصَّهُ.

ولو غصب مصحفاً فنقطه، روي عن أبي يوسف ـ رحمه الله ـ: أن لصاحبه أخذه ولا شيء عليه.

وقال محمد ـ رحمه الله ـ: صاحبه بالخيار إن شاء أعطاه ما زاد النقط فيه، وإن شاء ضمنه قيمته غير منْقُوط.

وجه قوله: إن النقط زيادة/ في المصحف، فأشبه الصَّبغ في الثوب. ٢/ ١٢٨٥أ

وجه ما روي عن أبي يوسف: إن النقط أعيان لا قيمة لها، فلم يكن للغاصب فيه عين مال متقوم قائم، بقي مجرد عمله وهو النّقط، ومجرد العمل لا يتقوم إلا بالعقد ولم يوجد، ولأن النقط في المصحف مكروه.

ألا ترى إلى ما روي عنه ﷺ أنه قال: **«جَرِّدُوا القُرْآنَ»**(١) وإذا كان التَّجريد مندوباً إليه، كان النقط مكروهاً، فلم يكن زيادة فكان لصَاحِب المصحف أخذه.

---

(١) روى الطبراني في الكبير (٩/ ٤١٢) رقم (٩٧٥٣) من طريق سلمة بن كهيل عن أبي الزعراء قال: قال عبد الله: «جردوا القرآن لا تلبسوا به ما ليس منه».
قال في المجمع (٧/ ١٦٠):
«ورجاله رجال الصحيح غير أبي الزعراء وقد وثقه ابن حبان وقال البخاري وغيره لا يتابع في حديثه» ا هـ.
قال الزيلعي في نصب الراية (٤/ ٢٦٩):
«رواه ابن أبي شيبة في «مصنفه ـ في الصلاة ـ وفي فضائل القرآن» حدثنا وكيع عن سفيان عن الأعمش عن إبراهيم قال: قال عبد الله: جردوا القرآن، انتهى حدثنا سهل بن يوسف عن حميد الطويل عن معاوية بن قرة عن أبي المغيرة عن ابن مسعود فذكره» ا هـ.
وعزاه أيضاً إلى عبد الرزاق في مصنفه في أواخر الصوم.

ولو غصب حيواناً فكبر في يده أو سمن، أو ازدادت قيمته بذلك ـ فلصاحبه أن يأخُذَه ولا شيء عليه للغاصب؛ لأنه ليس للغَاصِب فيه عين مال متقوّم قائم، وإنَّما الزيادة نماء ملك المالك؛ وكذلك لو غصب جريحاً أو مريضاً فداواه حتى برأ وصح لما قلنا، ولا يرجع الغَاصِب على المَالِك بما أنفق؛ لأنه أنفق على مال الغَيْر بغير إذنه فكان متبرعاً؛ وكذلك لو غصب أرضاً فيها زرع أو شجر، فسقاه الغَاصِب وأنفق عليه حتى انتهى بلوغه وكذلك لو كان نخلاً أطلع فأبره ولقحه وقام عليه، فهو للمغصوب منه، ولا شيء للغَاصِب فيما أنفق لما قلنا.

ولو كان حصد الزرع فاسْتَهْلَكه أوجذَّ من الثمر شيئاً أو جزَّ الصوف أو حلب ـ كان ضامناً؛ لأنه أتلف مال الغير بغير إذنه فيضمن.

ولو غَصَب ثوباً فقتله أو غسله أو قصره ـ فلصاحبه أن يأخُذَه ولا شيء للغاصب، لأنه ليس للغَاصِب عين مال متقوم قَائِم فيه:

أما القتل فإنه تغيير الثَّوب من صفة إلى صفة.

وأما الغسل فإنه إزالة الوسخ عن الثَّوب وإعادة له في الحالة الأولى، والصَّابون أو الحُرُضُ فيه يتلف ولا يبقى وأما القصارة فإنها تَسْوية أجزاء الثَّوب، فلم يحصل في المغْصُوب زيادة عين مال متقوّم قائم فيه.

ولو غَصَب من مسلم خمراً فخللها، فلصاحبها أن يأخذ الخَلَّ من غير شيء، لأن الخل ملكه؛ لأن الملك كان ثابتاً له في الخمر، وإذا صار خلاً حدث الخل على ملكه، وليس للغَاصِب فيه عين مال متقوّم قائم، لأن الملح الملقى في الخمر يتلف فيها، فَصَارت كما لو تخللت بنفسها في يده، ولو كان كذلك لأَخَذَه من غير شيء، كذا هذا.

وقيل: موضوع المسألة أنه خللها بالنَّقل من الظل إلى الشَّمس لا بشيء له قيمة، وهو الصَّحيح.

وعلى هذا يخرج ما إذا غصب جلد ميتة ودبغه ـ أنه إن دَبَغَه بشيء لا قيمة له كالماء والتُّراب والشمس ـ كان لصاحبه أن يأخُذه ولا شيء عليه للغاصب، لأن الجلد كان مِلْكه وبعدما صار مالاً بالدباغ بقي على حُكْم ملكه، وليس لصاحبه فيه عين مال متقوّم قائم، إنَّما فيه مجرد فعل الدباغ، ومجرَّد العمل لا يتقوَّم إلا بالعقد ولم يوجد.

هذا إذا أخذه من مَنْزله فدبغه، فأما إذا كانت الميتة مُلْقَاة على الطريق، فأخذ جلدها فدبغه، فلا سبيل له على الجلد؛ لأن الإِلْقَاء في الطريق إباحة للأخذ؛ كالإلقاء النَّوى وقشور الرمان على قَوَارِع الطريق.

ولو هلك الجلد المغصوب بعدما دبغه بشيء لا قيمة له، لا ضمان عليه؛ لأن الضَّمان وجب عليه إما أن يجب بالغَصْب السَّابق، وإما أن يجب بالإتلاف، لا سبيل إلى الأَول؛ لأنه لا قيمة له وقت الغَصْب، ولا سبيل إلى الثَّاني، لأنه لم يوجد الإِتْلاَف من الغاصب، وإن استهلكه يضمن بالإجماع، لأنه كان ملكه قبل الدباغ، وبعد ما صار مالاً بالدباغ بقي على حكم مِلْكه لا حقَّ للغاصب فيه، وإتلاف مالِ مملوك للغير بغير إذنه لا حقَّ له فيه يوجب الضَّمان.

ولو دبغه بشيء متقوم كالقَرَظِ[1] والعَفْص[2] ونحوهما، فلصاحبه أن يَأْخُذه ويغرم له ما زاد الدباغ فيه؛ لأنه ملك صاحبه، وللغاصب فيه عين ملك متقوم قائم، فلزم مراعاة الجانبين، وذلك فيما قلنا، وليس له أن يضْمَنه قيمة الجلد، لأنه لو ضمنه قيمته لضمنه يوم الغَصْب ولم يكن له قِيمَة يوم الغَصْب.

ولو هَلَك في يده بعد ما دبغه، لا ضَمَان عليه لما بينا، ولو استهلكه فكذلك عند أبي حنيفة ـ رضي الله عنه ـ.

وذكر في ظَاهِر الرواية: أن على قولهما يضْمَن قيمته مدبوغاً ويعطيه المالك ما زاد الدِّباغ فيه.

وذكر الطحاوي ـ رحمه الله ـ في مختصره: أن عندهما يغرم قيمته أن لو كان الجِلد ذكيًا غير مَدْبُوغ.

وجه قولهما: إنه أتلف مالاً متقوماً مملوكاً بغير إذن مالكه، فيوجب الضَّمان كما إذا دبغه بشيء لا قيمة له فاستهلكه، وإنما قُلْنَا ذلك.

أما المالية والتقوُّم؛ فلأن الجلد بالدِّباغ صار مالاً متقوماً.

وأما الملك فلأنه كان ثابتاً له قبل الدباغ وبعده، بقي على حكم ملكه؛ ولهذا وجب عليه الضمان فيما إذا دبغه بما لا قيمة له؛ كذا هذا.

ولأبي حنيفة ـ رضي الله عنه ـ: أن التقوُّم حدث بصنع الغَاصِب، فلا يجب الضمان عليه؛ لأن الأصل أن/ الحادث بفعل الإنْسَان يكون حقاً له، فلا يمكن إيجاب الضَّمان عليه، فالتحق هذا الوصْف بالعَدَم، فكان هذا إتْلاَف مال لا قيمة له من حيث المعنى، فلا يجب

٢/ ٢٨٥ب

---

(١) القرظ: شجر عظام لها سوق غلاظ أمثال شجر الجوز، ورقه أصغر من ورق التفاح، يدبغ به المعجم الوسيط (قرظ).

(٢) العَفصُ: ثمر شجرة البَلُّوط، وهو دواء قابض مجفف، وربما اتخذوا منه حبراً أو صبغاً المعجم الوسيط (عفص).

الضَّمان، ولأن تقوم الجِلْد تابع لما زاد الدِّباغ فيه، لأنه حصل بالدِّباغ، وما زاد الدِّباغ مضْمُون فيه فكذا ما هو تابع له يكون ملحقاً به، والمضمون ببدلٍ لا يضمن بالقيمة عند الإتلاف؛ كالمبيع قبل القَبْض، بخلاف ما إذا دَبَغه بشيء لا قيمة له، لأن هناك ما زاد الدِّباغ فيه غير مضمونٍ، فلم يوجد الأَصْل فلا يلحق به غيره.

وإن كان الجلد ذكياً فدبغه، فإن دبغه بما لا قيمة له ـ فلصاحبه أن يأخذه ولا شيء عليه، لما ذكرنا أنه ملك صاحبه، وليس للغاصب فيه عين مالٍ متقوّم قائم، وليس له أن يضْمَن الغاصب شيئاً، لأن الجلد قائم لم ينتقص.

ولو دبغه بما له قيمة، فصاحبه بالخِيَار إن شاء ضمنه قيمته غير مدْبُوغ، وإن شاء أخذه وأعطاه ما زاد الدِّباغ فيه؛ لما ذكرنا في الثوب المغْصُوب إذا صبغه أصفر أو أحمر بصبغ نفسه.

ولو أن الغاصب جَعَلَ هذا الجلد أديماً أو زقاً أو دفتراً أو جراباً أو فرواً ـ لم يكن للمغْصُوب منه على ذلك سبيل؛ لأنه صار شيئاً آخر حيث تبدل الاسم والمعنى فكان استهلاكاً له معنى، ثم إن كان الجلد ذكيًا فله قيمته يوم الغَصْب، وإن كان ميتة فلا شيء.

ولو غصب عصيراً لمسلم فصار خمراً في يده أو خلاً ـ ضمن عصيراً مثله؛ لأنه هلك في يده بصيرورته خمراً أو خلاً، والعصير من ذوات الأَمثال، فيكون مضموناً بالمثل، والله سبحانه وتعالى أعلم.

فصل في حكم اختلاف الغاصب والمغصوب

وأما حكم اختلاف الغَاصِب والمغصوب منه: إذا قال الغَاصِب: هلك المغصوب في يدي ولم يصدِّقه المغصوب منه، ولا بينة للغَاصِب ـ فإن القَاضي يحبس الغَاصِب مدَّة، لو كان قائماً لأظهره في تلك المدة، ثم يقضي عليه بالضَّمان، لما قلنا فيما تقدم: أن الحكم الأصلي للغَصْب هو وجوب رد عين المغصوب، والقيمة خلف عنه. فما لم يثبت العجز عن الأصل لا يقضي بالقيمة التي هي خلف.

ولو اختلفا في أصْل الغصب، أو في جنس المغْصُوب ونوعه، أو قدره أو صفته أو قيمته وقت الغصب ـ فالقول في ذلك كله قول الغَاصِب، لأن المغْصوب منه يدعي عليه الضَّمان وهو ينكر، فكان القَوْل قوله؛ إذ القول في الشَّرع قول المنكر.

ولو أقر الغَاصِب بما يدعي المغْصُوب منه وادَّعى الرد عليه ـ لا يصدق إلا ببينة؛ لأن الإقرار بالغَصْب إقرار بوجود سبب وجود الضَّمان منه، فهو بقوله: رددت عليك يدعي انفساخ السبب، فلا يصدق من غير بينة.

وكذلك لو ادَّعى الغاصب أن المغْصُوب منه هو الذي أحدث العَيْب في المغْصُوب ـ لا يصدق إلا ببينة، لأن الإقْرَار بوجود الغَصْب منه إقرار بوجود الغصب بجميع أجزائه في ضمانه، فهو يدعي إحداث العَيْب من المغصوب منه ويدعي خروج بعض أجزائه عن ضَمَانه، فلا يصدق إلا ببينة.

ولو أقام المَغْصُوب منه البينة أنه غصب الدَّابة ونفقت عنده، وأقام الغاصب البينة أنه ردها إليه وأنها نفقت عنده ـ فلا ضمان عليه، لأن من الجائز أن شهود المغْصُوب منه اعتمدوا في شَهَادتهم على استِصْحَاب الحال؛ لما أنهم علموا بالغَصْبِ وما علموا بالرد، فبنوا الأمر على ظاهر بقاء المغْصُوب في يد الغَاصِب إلى وَقْت الهَلاَك، وشهود الغاصب اعتَمَدوا في شهادتهم بالرد حقيقة الأمر وهو الرد؛ لأنه أمر لم يكن، فكانت الشَّهادة القائمة على الرد أولى؛ كما في شهود الجَرْح مع شهود التزكية.

وروي عن أبي يوسف ـ رحمه الله ـ: أن الغاصب ضَامِن، والله تعالى أعلم.

ولو أقام المغْصُوب منه البينة أنه غصب منه هذا العَبْد ومات عنده، وأقام الغاصب البينة أن العَبْد مات في يد مَوْلاَه قبل الغَصْب ـ لم ينتفع بهذه الشَّهادة، لأن موته في يد مولاه قبل الغَصْب لا يتعلّق به حكم، فلم تقبل الشهادة عليه والتحقت بالعدم، فيجب العَمَل بشهادة شُهود المغْصُوب منه؛ ولأن من الجائز أن شهود الغَاصِب اعتمدوا استِصْحَاب الحال؛ وهو حال اليد التي كانت عليه للمَوْلى، لجواز أنهم علموها ثابتة ولم يعلموا بالغَصْب، وظنوا تلك اليد قائمة فاستَصْحَبوها، وشهود المغصوب منه اعتمدوا في شَهَادتهم تحقق الغَصْب، فكانت شَهَادتهم أولى بالقبول.

ولو أقام المغْصُوب منه البينة أن الغَاصِب غصب هذا العَبْد يوم النحر بالكوفة، وأقام الغاصب البينة أنه كان يوم النَّحر بمكة هو والعبد ـ فالضَّمان واجب على الغَاصِب؛ لأن بينة الغَاصِب لا يتعلّق بها حكم، فالتحقت بالعدم، فبقيت بينة المغْصُوب منه بلا معارض، فلزم العمل بها.

وقال محمد ـ رحمه الله ـ في الإملاء: إذا أقام الغاصب البينة أنه مات في يد المغصوب منه، وأقام المغصوب منه البينة أنه مَاتَ في يد الغَاصِب/ فالبينة بينة الغَاصب؛ لما ذكرنا أن بينته قامت على إثْبَات أمر لم يكن وهو الرد، وبينة المغصوب منه قَامَتْ على إبقاء ما كان على ما كان وهو الغَصْب، فكانت بينة الردِّ أولى والله سبحانه وتعالى أعلم. ٢٨٦/٢

ولو أقام المغْصُوب منه البينة أن الدابة نَفَقَت عند الغَاصِب من ركوبه، وأقام الغاصب البينة أنه ردَّها إليه ـ فالبينة بينة المغْصُوب منه وعلى الغاصب القيمة، لأن بينة الغاصب؛ لا

تدفع بينة المغْصُوب منه؛ لأنها قامت على ردِّ المغْصُوب، ومن الجائز أنه ردها ثم غَصَبها ثانياً وركبها فنفق في يده، فأمكن الجمع بين البينتين؛ وكذلك لو شهد شهود صاحِب الدابة أن الغاصب قتلها، وشهد شهود الغَاصِب أنه ردَّها إليه لما قلنا؛ كما إذا قال رجل لآخر: غصبنا منك ألفاً، ثم قال: كنا عشرة.

قال أبو يوسف ـ رحمه الله ـ: لا يصدق وقال زفر ـ رحمه الله ـ: يصدق.

وجه قوله[1]: أن قوله: غصبنا منك. حقيقة للجَمْع، والعمل بحقيقة اللفظ واجب، وفي الحمل على الواحد ترك للعَمَل بالحقيقة فيصدق[2].

وجه قول أبي يوسف: إن العمل بالحَقيقة واجب ما أمْكَن، وهٰهنا لا يمكن؛ لأن قوله: غصبنا إخبار عن وجود الغَصْب من جماعة مَجْهُولين، فلو عملنا بحقيقته لألغينا كلامه، ولا شك أن العمل بالمَجَاز أوْلَى من الإلغاء، والله أعلم.

فصل في مسائل الإتلاف

وأما مَسَائِل الإِتْلاَف فالكلام فيها: أَن الإتلاف لا يخلو إما أن ورد على بني آدم وإما أن ورد على غيرهم من البَهَائم والجمادات، فإن ورد على بني آدم، فحكمه في النفس وما دونها نَذْكُره في كتاب الجنايات إن شاء الله تعالى، وإن ورد على غير بني آدم، فإنه يوجب الضَّمان إذا استجمع شرائط الوُجُوب، فيقع الكلام فيه في ثلاثة مواضع: في بيان كونه سبباً لوجوب الضمان، وفي بيان شروط وجوب الضَّمان، وفي بيان ماهيَّة الضَّمان الواجب.

أما الأول: فلا شكَّ أن الإتلاف سبب لوجُوب الضَّمان عند استِجْماع شرائط الوجوب، لأن إتلاف الشيء إخراجه من أن يكون منتفعاً به منفعة مطلوبة منه عادة، وهذا اعتداء وإضرار، وقد قال الله سبحانه وتعالى: ﴿فَمَنِ اعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ﴾ [البقرة: ١٩٤] وَقَالَ ـ عليه الصلاة والسلام ـ: «**لاَ ضَرَرَ وَلاَ إِضْرَارَ فِي الإِسْلاَمِ**» وقد تعذر نفي الضرر من حيث الصورة، فيجب نفيه من حيث المعنى بالضَّمان، ليقوم الضمان مقام المتلف، فينتفي الضرر بالقدر الممكن، ولهذا وجب الضمان بالغَصْب فبالإتلاف أولى؛ لأنه في كونه اعتداء وإضراراً فوق الغَصْب، فلما وجب بالغصب فلأن يجب بالإتْلاَف أولى، سواء وقع إتلاَفاً له صورةً ومعنى بإخراجه عن كَوْنه صالحاً للانتفاع، أو معنى بإحداث معنى فيه يمنع من الانتفاع به مع قيامه في نفسه حقيقة، لأن كل ذلك اعتداء وإضرار، وسواء كان الإتلاف مباشرة بإيصال

---

(١) في أ: قول زفر.

(٢) في أ: فلا يصدق.

الآلة بمحل التلف أو تسبيباً بالفعل في محل يفضي إلى تلف غيره عادة، لأن كلَّ واحد منهما يقع اعتداء وإضرار فيوجب الضمان.

وبيان ذلك في مسائل:

إذا قتل دابة إنسان، أو أحرق ثوبه، أو قطع شجرة إنسان، أو أراق عصيره أو هدم بناءه ـ ضمن، سواء كان المتلف في يد المَالِك أو في يد الغاصب، لتحقق الإِتْلاَف في الحالين، غير أن المغصوب إن كان منقولاً وهو في يد الغَاصِب يخير المالك، إن شاء ضمن الغاصب وإن شاء ضمن المتلف؛ لوجود سبب وجوب الضمان من كل واحد منهما، فإن ضمن الغاصب فالغاصب يرجع بما ضمن على المتلف، لأنه ملك المغصوب بالضمان، فتبين أن الإتلاف ورد على ملكه، وإن ضمن المتلف لا يرجع بالضَّمان على أحدٍ، وإن كان عقاراً ضمن المتلف، ولا يضمن الغَاصِب عندهما، وعند محمد ـ رحمه الله ـ الجواب فيه وفي المنقول سواء، بناء على أن العقار غير مضْمُون بالغصب عندهما، وعنده مضمون به، فكان له أن يضْمَن أيهما شاء كما في المنْقُول.

وكذلك إذا نقص مال إنسان بما لا يجري فيه الرِّبا ـ ضمن النُّقصان، سواء كان في يد المَالِك أو في يد الغاصب، لأن النقص إِتْلاَف جزء منه وتضمينه ممكن، لأنه لا يؤدي إلى الرِّبا، فيضمن قدر النُّقصان بخلاف الأموال الربوية على ما مر، غير أن النقصان إن كان بفعل غير الغاصب، فالمغصوب منه بالخيار، إن شاء ضمن الغاصب ويرجع الغاصب على الذي نقص، وإن شاء ضمن الذي نقص وهو لا يرجع على أحدٍ لما قلنا.

ولو غصب عبداً قيمته ألف درهم، فازْدَاد في يد الغَاصِب، حتى صارت قيمته ألفين، فقتله إنسان خطأً ـ فالمالك بالخِيَار، إن شاء ضمن الغاصب قيمته وقت الغَصْب ألف درهم، وإن شاء ضمن القاتل قيمته وقت القتل ألفين، لأنه وجد سبباً وجوب الضمان الغصب والقتل، والزيادة/ الحادثة في يد الغاصب غير مضمونة بالغصب، وهي مضمونة بالقتل، لذلك ضمن الغاصب ألفاً والقاتل ألفين، فإن ضمن القاتل فإنه لا يرجع على أحد، وإن ضمن الغاصب فالغاصب يرجع على عاقلة القاتل بألفين، ويتصدَّق بالفضل على الألف.

٢/٢٨٦ب

وأما الرجوع عليهم بألفين، فلأنه ملك المغْصُوب بالضَّمان، فتبين أن القتل ورد على عبد الغاصب، فيضمن قيمته.

وأما التصدُّق بالفضل على الألف، فلتمكن الخبث فيه لاختلال الملك، وينبغي أن يكون هذا على أصل أبي حنيفة ومحمد ـ رحمهما الله ـ أظهر.

فأما على أصل أبي يوسف رحمه الله: فالفضل طيب له، ولا يلزمه التصدُّق به، وإن قتله

الغَاصِب بَعد الزِّيادة خطأ، فالمغصوب منه بالخِيَارِ، إن شاء ضمنه الغَاصِب قيمته يوم الغَصْب ألف درهم، وإن شاء ضمن عاقلته قيمته يوم القَتْل ألفي درهم، وهو الصحيح، بخلاف المغْصُوب إذا كان حيواناً سوى بني آدم فقتله الغاصب بعد الزيادة أنه لا يضمن قيمته إلا يوم الغَصْب ألف درهم عند أبي حنيفة ـ رحمه الله ـ، وقد بيَّنَّا له الفرق بينهما فيما تقدم.

ولو قتل العَبْد نفسه في يد الغاصب بعد حدُوث الزِّيادة، ضَمَن الغاصب قيمته يوم الغَصْب ألفاً، لأن قتله نفسه يهدر، فيلحق بالعدم كأنه مات بنفسه، ولو كان كذلك يضمن قيمته يوم الغَصْب ألف درهم، كذا هذا.

ولو كانت [الجارية وَلَدت ولداً، فقتلت ولدها ثم ماتت الجارية][1] ـ فعلى الغاصب قيمتها يوم الغَصْب ألف درهم، وليس عليه ضمان الولد؛ لأن قتلها ولدها هدر، ولا حكم له، فالتحق بالعدم؛ كأنه مات حتف أنفه، فهلك أمَانة وبقيت الأم مضْمُونة بالغصب.

ولو أودع رجلان رجلاً كل واحد منهما ألف درهم، فخلط المسْتَودع أحد الألفين بالأخر خلطاً لا يتميز ـ ضمن لكلِّ واحد منهما ألفاً، وملك المخلوط في قول أبي حنيفة ـ رحمه الله ـ، لأن الخلط وقع إتلافاً معنى، وعندهما: هما بالخيار بين أن يأخُذا ذلك ويقتسماه بينهما، وبين أن يضْمَناه، والمسألة مرت في كتاب الوَدِيعة.

ثم قال محمد ـ رحمه الله ـ: ولا يسع المودع أكْل هذه الدَّراهم حتى يؤدي مثلها إلى أصْحابها، وهذا صحيح لا خلاف فيه، لأن عندهما لم ينقطع حق المالك وعند أبي حنيفة رحمه الله: إن انقطع وثبت الملك للمستودع لكن فيه خبث، فيمنع من التصرُّف فيه حتى يرضى صاحبه.

ولو أن رجلاً له كُرَّان اغتصب رجل أحدهما أو سرقه، ثم إن المالك أودع الغاصب أو السارق ذلك الآخر فخلطه بِكُر الغَصْب، ثم ضاع ذلك كله ـ ضمن كر الغصب ولم يضمن كر الوديعة بسبب الخلط؛ لأنه خلط ملكه بملكه، وذلك ليس باستهلاك، فلا يجب الضَّمان عليه بسبب الخلط، وبقي الكر المضْمُون وكر الأمانة في يده على حالهما، فصار كأنهما هَلَكا قبل الخَلْط.

ولو خلط الغَاصِب دراهم الغَصْب بدراهم نفسه خلطاً لا يتميز ـ ضمن مثلها وملك المخلوط، لأنه أتلفها بالخَلْط، وإن مات كان ذلك لجميع الغُرمَاء، والمغصوب منه أسوة الغرماء؛ لأنه زال ملكه عنها وصار ملكاً للغَاصِب، ولو اختلطت دراهم الغَصْب بدراهم نفسه

---

(١) بدل ما بين المعكوفين: الزيادة ولداً قتلت الجارية ولدها ثم ماتت.

بغير صنعه، فلا يضمن وهو شَرِيك للمغْصُوب منه؛ لأن الاختلاط من غير صُنْعه هلاك وليس بإهلاك[(١)]، فصار كما لو تلفت بنفسها، وصاراً شريكين لاختلاط الملكين على وجه لا يتميز، والله أعلم.

ولو صب ماء في طَعَام في يد إنْسَان فأفسده، وزاد في كيله فلصاحب الطَّعام أن يضْمَنه قيمته قبل أن يصب فيه الماء، وليس له أن يضمنه طعاماً مثله، ولا يجوز [له][(٢)] أن يضْمَنه مثل كيله قبل صبِّ الماء، وكذلك لو صبَّ ماء في دهن أو زيت؛ لأنه لا سبيل إلى أن يضمنه مثل الطَّعام المبلول والدّهن المصْبُوب فيه الماء؛ لأنه لا مثل له، ولا سبيل إلى أن يضمنه مثل كيل الطَّعام قبل صَبِّ الماء فيه؛ لأنه لم يكن منه غَصْب متقدّم، حتى لو غصب ثم صب فعليه مثله، والله أعلم.

ولو فتح باب قَفَص فطار الطير منه وضاع، لم يضمن في قولهما.

وقال محمد ـ رحمه الله ـ: يضمن.

وقال الشافعي ـ رحمه الله ـ: إن طار من فوْره ذلك ضمن، وإن مكث ساعة ثم طار لا يضمن.

وجه قول محمد: أن فتح باب القفص وقع إتلافاً للطير تسبيباً، لأن الطيران للطير طبع له، فالظَّاهر أنه يطير إذا وجد المخلّص، فكان الفتح إتلافاً له تسبيباً، فيوجب الضمان، كما إذا شق زق إنسان فيه دهن مائع فسال وهلك، وهذا وجه قول الشَّافعي ـ رحمه الله ـ أيضاً، إلا أنه يقول: إذا مكث ساعةَ لم يكن الطيران بعد ذلك مضافاً إلى الفتح، بل إلى اختياره، فلا يجب الضَّمان.

وجه قولهما: إن الفتح ليس بإتلافٍ مباشرة ولا تسبيباً؛ أما المباشرة فظاهرة الانتفاء، وأما التسبيب فلأن الطير مختار في الطَّيران، لأنه حيٌّ وكل حي له اختيار، فكان الطَّيران مضافاً إلى اختياره، والفتح سبباً محضاً فلا حكم له، كما إذا حل القيد عن عبد إنسان حتى أَبِقَ أنه لا ضمان عليه لما قلنا كذا هذا.

بخلاف شق الزق الذي فيه دهن مائع؛ لأن/ المائع سيَّال بطبعه، بحيث لا يوجد منه الاستمْسَاك عند عدم المانع إلا على نقص العادة، فكان الفتح تسبباً[(٣)] للتلف فيجب الضمان، وعلى هذا الخلاف إذا حل رباط الدَّابة أو فتح باب الإصْطَبل حتى خرجت الدابة وضَلَّت. ٢٨٧/٢

---

(١) في أ: باستهلاك.
(٢) سقط في ط.
(٣) في أ: تسبيباً.

وقالوا: إذا حل رباط الزيت أنه إن كان ذائباً فسال منه ضمن، وإن كان السمن جامداً فذاب بالشمس وزال، لم يضمن، لما ذكرنا أن المانع يسيل بطبعه إذا وجد منفذاً، بحيث يستحيل استمساكه عادةً، فكان حل الرباط إتلافاً له تسبيباً، فيوجب الضَّمان بخلاف الجامد؛ لأن السيلان طبع المائع لا طبع الجامد، وهو وإن صار مائعاً لكن لا بصنعه بل بحرارة الشمس، فلم يكن التَّلف مضافاً إليه لا مباشرة ولا تسبيباً، فلا يضمن، والله أعلم.

وعلى هذا يخرج ما إذا غصب صبيًّا صغيراً حرًّا من أهله، فعقره سبع أو نهشته حية، أو وقع في بئر أو من سطح فمات ـ أن على عاقلة الغَاصِب الدِّية، لوجود الإتلاف من الغَاصب تسبيباً، لأنه كان محفوظاً بيد وليه، إذ هو لا يقدر على حِفْظ نفسه بنفسه، فإذا فوت حفظ الأهل عنه ولم يحْفَظه بنفسه حتى أصابته آفة ـ فقد ضيعه، فكان ذلك منه إتلافاً تسبيباً، والحر إن لم يكن مضموناً بالغَصْب يكون مضموناً بالإتلاف مباشرة كان أو تسبيباً، ولو قتله إنسان خطأً في يد الغَاصب، فلأوليائه أن يتبعوا أيهما شاءوا الغاصب أو القاتل.

أما القاتل، فلوجود الإتلاف منه مباشرة، وأما الغاصب فلوجود الإتلاف منه تسبيباً لما ذكرنا، والتسبب[1] ينزل منزلة المُباشرة في وجوب الضمان، كحفر البئر على قارعة الطريق والشهادة على القتل، حتى لو رجع شهود القِصَاص ضمنوا، فإن اتبعوا القاتل بالمال لا يرجع على أحد، وإن اتبعوا الغاصب فالغاصب يرجع على القاتل، لأن الغصب بأداء الضمان قام مقام المستحق في حق ملك الضمان، وإن تعذر أن يقوم مقامه في حق ملك المضمون، كغاصب المدبر إذا قتل المدبر في يده واختار المالك تضمين الغاصب ـ يرجع بالضمان على القاتل، وإن لم يملك نفس المدبر بأداء الضمان، كذا هذا.

وكذلك لو وقع عليه حائط إنسان، فالغاصب ضامن ويرجع على عاقلة صاحب الحائط إن كان تقدم إليه لما قلنا.

ولو قتله إنسان في يد الغاصب عمداً، فأولياؤه بالخيار إن شاءوا قتلوا القاتل وبرىء الغاصب وإن شاءوا اتبعوا الغاصب بالدية على عاقلته، ويرجع عاقلة الغَاصِب في مال القاتل عمداً، ولا يكون لهم القِصَاص.

أما ولاية القِصاص من القاتل، فلوجود القتل العمد الخالي عن الموانع. وأما ولاية اتباع الغَاصب بالدية، فلوجود الإتلاف منه تسبيباً على ما بينا، فإن قتلوا القاتل برىء الغاصب، لأنه لا يجمع بين القِصَاص والدِّية في نفس واحدة في قتل واحد، وإن اتبعوا الغاصب، فالدية على

---

(١) في أ: والتسبيب.

عاقلته، ترجع عاقلته على مال القاتل، ولا يكون لهم أن يقتصوا من القاتل، لأن القصاص لم يصر ملكاً لهم بأداء الضمان، إذ هو لا يحتمل التمليك، فلم يقم الغاصب مقام الولي في ملك القصاص، فسقط القصاص وينقلب مالاً، والمال [يحتمل التمليك][١] فجاز أن يقوم الغاصب مقام الولي في ملك المال[٢]، ولو قتل الصبي إنساناً في يد الغاصب فرده على الوليّ وضمن عاقلة الصَّبي - لم يكن لهم أن يرجعوا على الغاصب بشيء لأنه لا سبيل إلى إيجاب ضمان الغصب، لأن الحر غير مضمون بالغصب، ولا سبيل إلى إيجاب ضمان الإتلاف؛ لأن الغاصب إنما يصير متلفاً إياه تسبيباً بجناية غيره عليه، لا بجنايته على غيره.

ولو قتل الصَّبي نفسه، أو أتى على شيء من نفسه من اليد والرجل، وما أشبه ذلك، أو أركبه الغاصب دابةً فألقى نفسه منها - فالغاصب ضَامِن عنا أبي يوسف وعند محمد: لا يضمن.

وجه قول محمد: إن فعله على نفسه هدر، فالتحق بالعدم، فصار كأنه مات حتف أنفه، أو سقطت يده بآفة سماوية، ولو كان كذلك لا ضمان عليه كذا هذا. والجامع أنه لو وجب الضمان لوجب بالغصب، والحر غير مضمون بالغصب ولهذا لو جنى على غيره لا يضمن الغَاصِب، كذا هذا.

وجه قول أبي يوسف: إن الحر إن لم يكن مضموناً بالغصب فهو مضمون بالإتلاف مباشرةً أو تسبيباً، وقد وجد التَّسبيب من الغَاصب، حيث ترك حفظه عن أسباب الهَلاَك في الحالين جميعاً، فكان متلفاً إياه تسبيباً، فيجب الضمان عليه ولا يرجع الغاصب على عاقلة الصبي بما ضمن، لأن حكم فعله على نفسه لا يعتبر، فلا يمكن إيجابه على العاقلة. والله أعلم.

ولو غصب مدبراً فمات في يده ضمن الإجْمَاع، ولو غصب أم ولد فماتت في يده من غير آفة، لم يضمن عند أبي حنيفة، وقد ذكرنا المسألة في موضعها ولو/ ماتت في يده بآفة على الوجه الذي بينا أنه يضمن في الصبي الحر، فإن الغاصب يغرم قيمتها حالة في ماله؛ لوجود الإتلاف منه تسبيباً، وأم الولد مضمونة بالإتلاف بلا خلاف، ولهذا وجب الضمان في الصَّبي الحر، ففي أم الولد أولى، والله سبحانه وتعالى أعلم.

٢/ ٢٨٧ ب

فصل في شرائط وجوب الضمان

وأما شرائط وجوب هذا الضمان: فمنها أن يكون المتلف مالاً، فلا يجب الضَّمان

---

(١) في أ: محل للتمليك.

(٢) في أ: القصاص.

بإتلاف الميتة والدم وجلد الميتة وغير ذلك مما ليس بمَالٍ، وقد ذكرنا ذلك [كله][1] في كتاب البيوع.

ومنها: أن يكون متقوماً، فلا يجب الضمان بإتلاف الخَمْر والخنزير على المُسْلِم، سواء كان المتلف مسلماً أو ذميًّا؛ لسقوط تقوم الخمر والخنزير في حق المسلم.

ولو أتلف مُسْلم أو ذمي على ذمي خمراً أو خنزيراً، يضمن عندنا، خلاف للشافعي رحمه الله، والدلائل مرَّت في مسائل الغصب.

ولو أتلف ذميٌّ على ذمي خمراً أو خنزيراً، ثم أسلما أو أسلم أحدهما.

أما في الخنزير: فلا يبرأ المتلف عن الضَّمان الذي لزمه، سواء أسلم الطالب أو المطلوب أو أسلما جميعاً، لأن الواجب بإتلاف الخنزير القيمة، وأنها دراهم أو دنانير، والإسلام لا يمنع من قَبْض الدراهم والدنانير.

وأما في الخمر: فإن أسلما جميعاً، أو أسلم أحدهما وهو الطالب المتلف عليه ـ برئت ذمة المطلوب وهو المتلف، وسقطت عنه الخمر بالإجْمَاع.

ولو أسلم المطلوب أولاً ثم أسلم الطلب أو لم يسلم ـ ففي قول أبي يوسف، وهو روايته عن أبي حنيفة: يبرأ المطْلوب من الخمر ولا يتحول إلى القيمة؛ كما لو أسلم الطالب.

وعند محمد وزفر وعافية بن زيد القاضي وهو روايتهم عن أبي حنيفة: لا يبرأ المطلوب ويتحوَّل ما عليه من الخمر إلى القيمة؛ كما لو كان الإتْلاَف بعد الإِسلام أَنه يضمن قيمتها للذمِّي، فكذا إذا أتلف بعد الإِسْلام، وقد ذكرنا المسألة في كتاب البيوع.

ولو كسر على إنسان بربطاً أو طبلاً، يضْمَن قيمته خشباً منحُوتاً عند أبي حنيفة ـ رحمه الله ـ، وذكر في «المنتقى» خشباً ألواحاً، وعندهما: لا يضمن.

وجه قولهما: إن هذا آلة اللهو والفَسَاد، فلم يكن متقوماً كالخمر.

ولأبي حنيفة ـ رحمه الله ـ: أنه كما يصلح للهو والفساد يصلح للانتفاع به من وجه آخر، فكان مالاً متقوماً من ذلك الوجه، وكذلك لو أراق لإنسان مسكراً أو منصفاً، فهو على هذا الاختلاف، والمسألة قد ذكرناها في كتاب البيوع.

ولو أحرق باباً منحوتاً عليه تماثيل منقوشة، ضمن قيمته غير منقُوش بتماثيل، لأنه لا

---

(١) سقط في ط.

قيمة لنقش التماثيل، لأن نقشها محظور، وإن كان صاحبه قطع رؤوس التماثيل، ضمن قيمته منقوشاً؛ لأنه لا يكون تمثالاً بلا رأس.

ألا ترى أنه ليس بمحْظُور فكان النقش متقوماً[١].

ولو أحرق بساطاً تَمَاثيل رجال، ضَمن قيمته مصوراً؛ لأن التمثال على البساط ليس بمَحْظُور، لأن البساط يوطأ فكان النقش متقوماً.

ولو هدم بيتاً مصوراً[٢]، ضمن قيمة البيت، والصُّور غير مضمونة؛ لأن الصور على البيت لا قيمة لها لأنه محظور، فأما الصبغ فمتقوم.

ولو قتل جارية مغنيَّة، ضمن قيمتها غير مغنية، لأن الغناء لا قيمة له، لأنه محظور، هذا إذا كان الغناء زيادة في الجارية، فأما إذا كان نقصاناً فيها، فإنه يضمن قَدْر قيمتها.

وعلى هذا تخرج المباحات التي ليست بمملوكة لأحد، لأنها غير مضمونة بالإتلاف لعدم تقومها، إذ التقوم يبنى على العزة والحظر. ولا يتحقَّق ذلك إلا بالإِحْراز والاستيلاء.

وأما المباح المملوك وهو مَالُ الحربي: فلا يجب الضَّمان بإِتلافه أَيضاً وإن كان متقوماً؛ لفقد شرط آخر نذكره إن شاء الله تعالى.

وإن شئت قلت: ومنها: أن يكون مملوكاً، فلا يجب الضَّمان بإتلاف المُباحات التي لا يملكها أحد، والتخريج على شرط التقوّم أصح، لأن كون الشيء مملوكاً في نفسه ليس بشَرْط لوجوب الضمان؛ فإن الموقوف مضْمُون بالإتْلاَف وليس بمَمْلُوك أصلاً.

أرض بين شريكين زرعها أحدهما، وتراضيا على أن يعطي الذي لم يزرع نصف البَذْر، ويكون الخارج بينهما - فهذا لا يخلو إما إن كان الزَّرع نبت وإما إن كان لم ينبت؛ فإن كان قد نبت جاز؛ لأن هذا بيع الحشيش بالحنطة وأنه جائز؛ وإن كان لم ينبت لم يجز؛ لأنه لا يدري ما بقي تحت الأرض مما تلف، مع أن ذلك ليس بمالٍ متقوَّم، فلا يجوز بيعه، فإن نبت الزرع وطلب الذي لم يزرع القسمة، قسم وأمر الذي زرع أن يقلع ما في نصيب الشَّريك؛ لأن نصيبه مشغول بملكه، فيجبر على تفريغه وتضْمِينهُ نُقْصان الزِّراعة والله أعلم.

ومنها: أن يكون المتلف من أهل وُجُوب الضَّمان عليه، حتى لو أتلفت مال إنسان بهيمة لا ضَمَان على مالكها؛ لأن فعل العجْمَاء جبار، فكان هدراً، ولا إتْلاَف من مَالِكِها، فلا يجب الضَّمان عليه.

---

(١) في ط: منقوشاً.

(٢) في أ: متصوراً.

ومنها: أن يكون في الوُجُوب فائدة، فلا ضَمَان على المسلم بإتلاف مال الحَرْبي ولا على الحربي بإتْلاَف/ مال المسلم في دار الحرب؛ وكذا لا ضمان على العَادِل إذا أتلف مال البَاغِي، ولا على الباغي إذا أتلف مال العَادِل، لأنه لا فائدة في الوُجُوب؛ لعدم إمكان الوُصُول إلى الضَّمان، لانعدام الولاية، فأما العصمة فليست بشرْط لوجوب ضمان المال، إلا أن الصبي مأخوذ بضمان الإتلاف، وإن لم تثبت عصمة المتلف في حقه، وكذا يجب الضمان بتناول مال الغير حال المخمصة مع إباحة[1] التَّناول؛ وكذا كسر آلات الملاهي مباحٌ، وهي مضمونة بالإتلاف عند أبي حنيفة - رحمه الله -، ولا يلزم إذا أتلف مال إنسان بإذنه أنه لا يجب الضمان؛ لأن عدم الوجوب ليس لعدم العصمة بل لعدم الفائدة، لأنه لو وجب الضَّمان عليه، لكان له أن يرجع عليه بما ضمن فلا يفيد، والله أعلم. ٢/٢٨٨أ

وكذلك العلم بكون المتلف مال الغير ليس بشرط لوجوب الضمان، حتى لو أتلف مالاً على ظن أنه ملكه، ثم تبين أنه ملك غيره ضمن، لأن الإتلاف أمر حقيقي لا يتوقف وجوده على العلم كما في الغصب على ما مر، إلا أنه إذا علم بذلك يضمن ويأثم، وإذا لم يعلم يضمن ولا يأثم، لأن الخطأ مرفوع المؤاخذة شرعاً؛ لما ذكرنا في مسائل الغصب والله أعلم.

وأما بيان ماهية الضَّمان الواجب بإتْلاف ما سوى بني آدم، فالواجب به ما هو الواجب بالغَصْب، وهو ضَمَان المثل إن كان المتلف مثليًا، وضمان القِيمَة إن كان مما لا مِثْل له لأن ضمان الإتلاف ضمان اعتداء والاعتداء لم يشرع إلا بالمثل، فعند الإمكان يجب العمل بالمثل المُطلق وهو المثل صورة ومعنى، وعند التعذر يجب المثل معنى وهو القيمة كما في الغصب، والله أعلم بالصواب.

(١) في أ: ملك غيره.

كتاب الحجر(١) والحبس

---

(١) تعريف الحجر: الحجر لغة المنع مطلقاً ولو عن الفعل، أو عما هو مطلوب يقال حجر عليه حجراً من باب قتل منعه من التصرف فهو محجور عليه ومنه سمي الحطيم حجراً بالكسر لأنه منع من الكعبة. وكذا العقل لمنعه من القبائح قال تعالى ﴿هَلْ فِي ذَٰلِكَ قَسَمٌ لِّذِي حِجْرٍ﴾ أي عقل.
الحجر شرعاً: اختلف في تعريف الحجر اختلافاً كبيراً نذكر طائفة منها مع ذكر ما ورد عليها من المناقشة حتى يمكن أن نستخلص من بينها تعريفاً خالياً من الإيراد بقدر الإمكان فنقول:
تعريف العناية: عرفه صاحب العناية بقوله وفي عرفهم هو المنع عن التصرف في حق شخص مخصوص وهو الصغير والمجنون والرقيق.
ما ورد عليه: نوقش هذا التعريف بأنه غير جامع لأفراد المعرف كما أنه غير مانع من دخول الغير فيه.
بيان أنه ليس جامعاً: أن صاحبه قد حصر أسباب الحجر في أمور ثلاثة هي الصغر والجنون والرق لأن ذكر الأفراد في موضع البيان مفيد للحصر ولا يخلو الحال أما أن يكون قد أراد تعريف الحجر المتفق عليه بين الإمام وصاحبيه وإما أن يكون قد أراد تعريف الحجر بالمعنى الأعم الشامل للمتفق عليه والمختلف فيه بينهما. وعلى الاحتمالين يكون التعريف فاسداً لأنه إن أراد تعريف المتفق عليه فحسب فالفساد لعدم شموله للمعنى الماجن والمتطيب الجاهل والمكاري المفلس مع أنهم محجور عليهم إلا إذا قيل الحجر على هؤلاء ليس حجراً بالمعنى الشرعي الذي نحن بصدده وإنما المراد من الحجر عليهم منعهم منعاً حسياً من مباشرة ما فيه ضرر بالمسلمين وهذا لا دخل له في الحجر المراد هنا.
وإن أراد تعريف الحجر بالمعنى الأعم الشامل للمتفق عليه والمختلف فيه فكان عليه أن يزيد ما يدخل به الحجر على السفيه والمدين والمغفل كأن يقول بسبب يوجبه حتى يكون شاملاً لجميع الأسباب.
بيان أنه ليس مانعاً: إنه قد أطلق التصرف الممنوع حتى صار شاملاً لجميع التصرفات القولية والفعلية مع أن أغلب التصرفات الفعلية نافذ إذ لا يمنع منها إلا فعل يتعلق به حكم يندرىء بالشبهة كالزنا والقتل فإن حكمهما وهو الحد، والقصاص يندرىء بالشبهات ومع هذا فليس الحجر فيها بالنسبة لكل شخص بل بالنسبة للصبي والمجنون فقط لأن من عداهما مؤاخذ بفعله مطلقاً. ومن هنا يتضح أن في التعريف قصوراً من حيث إطلاق المقيد. وتقيد المطلق.
تعريف الكنز والكافي: وعرفه صاحبا الكنز والكافي بقولهما هو منع عن التصرف قولاً لا فعلاً بصغر ورق وجنون ا هـ.
ما ورد على تعريفهما: بالنظر في هذا التعريف يتضح أن صاحبه قد تنبه للنقد الثاني في التعريف السابق فتلافاه بأن قيد المتصرف بالقولي وأما النقد الأول فهو باق كما هو في سابقه ولذا قال «صاحب البحر»: تعليقاً عليه في جزء ٥ ص ٧٨ ما نصه (فقوله في زيل التعريف بصغر تفسير زائد وتقيد فاسد فالتعريف فيه قصور من حيث تقيد المطلق وأصل التعريف لمطلق الحقيقة وهو لا يخلو إما أن أراد أن يعرف المنع المتفق عليه فعليه أن يسقط الزيادة أو يزيد ومجانة وجهل وإفلاس ليكون سبباً للمتفق عليه أو بقول بسبب يوجبه) ا هـ.
=

....

= وبعدئذ فسر بعض أجزاء التعريف في الصحيفة نفسها بقوله (لا فعلاً ـ أراد فعلاً لم يتعلق به حكم يندرئ بالشبهات. أما إذا كان الفعل يتعلق به حكم يندرىء بالشبهات. فهو محجور عليه في حكم ذلك الذي يندرىء بالشبهات كالصبي والمجنون إذا زنا أو قتل فهو محجور عليه بالنسبة لحكم الزنا وهو الحد وبالنسبة لحكم القتل وهو القصاص كذا في الجوهرة ـ وقوله ـ قولاً ـ نكرة في سياق الإثبات وهي تختص عندنا قالوا المراد بالأقوال هنا ما تردد بين النفع والضرر كالبيع والشراء ويوجب الحجر من الأصل بالإعدام في حكم قول تمحض ضرراً كالطلاق والعتاق في حق الصبي والمجنون دون العبد فإن طلاقه يقع ولم يوجب الحجر فيما تمحض نفعاً كقبول الهبة والهدية والصدقة قوله ـ لا فعلاً ـ نكرة في سياق النفي فيعم ما تقدم ذكره ا هـ ص ٧٨ جره).

تعريف قاض زاده: عرفه بقوله هو منع عن التصرف في حق شخص مخصوص وهو الصغير، والرقيق، والمجنون كذا في النهاية والعناية.

ما ورد على هذا التعريف: تعريف قاض زاده هو بعينه تعريف العناية السابق فما ورد عليه يرد على هذا: ثم بعد أن تعقب التعريف بما ذكر في تعريف العناية قال الأولى ما ذكره في معراج الدراية فإنه قال فيه ثم الحجر شرعاً منع مخصوص وهو المنع من التصرف قولاً بشخص معروف وهو المستحق للحجر بأي سبب كان ا هـ.

تعريف شارح الدر: وعرفه صاحب تنوير الأبصار بقوله الحجر شرعاً منع من نفاذ تصرف قولي لا فعلي وقال بعد ذلك لأن الفعل بعد وقوعه لا يمكن رده فلا يصور الحجر عنه.

ما ورد على هذا التعريف: أنه بالنظر فيه يظهر أن صاحبه قد أسقط الزيادة التي زادها غيره في تعريفه: وهي بصغر ورق وجنون وإنما قال ذلك فراراً من النقد الوارد على من ذكرها. لكن يرد عليه أنه قيد المنع بنفاذ التصرف القولي ولا يخفى ما فيه من الخلل لأن التقيد يجعل الحجر قاصراً على الأقوال الدائرة بين النفع والضرر ومع ذلك فإن القول قد يلغو أصلاً كطلاق الصبي وقد يصح كطلاق العبد: وبعد أن اعترض «ابن عابدين» التعريف بما ذكر ملخصاً قال المناسب في **تعريفه** ما في الإيضاح وهو أنه عبارة عن منع مخصوص بشخص مخصوص عن تصرف مخصوص أو عن نفاذه.

نظرة فيما تقدم من التعاريف: يؤخذ مما تقدم في التعاريف السابقة أن أكثرها لم يخل من نقد أو تقصير. ومنشأ هذا أن الموضوع الذي نحن بصدد تعريفه وهو الحجر يصعب أن نعرفه بتعريف جامع مانع خال من الإيراد والمؤاخذة وبعيد عن الانتقاد لأن أفراده مختلفة الحقيقة متباينة الأحكام، وإذا أردنا الوقوف على حقيقته تماماً نذكر تعريفاً مجملاً ثم نتبعه بيان المراد منه بالنسبة لكل فرد ولو أردنا أن نسلك هذا الطريق نعرفه إما بتعريف معراج الدراية أو بالتعريف الذي ذكر في الإيضاح وارتضاه ابن عابدين وهو منع مخصوص بشخص مخصوص عن تصرف مخصوص أو عن نفاذه وتعريف **معراج الدراية** هو منع مخصوص وهو المنع من التصرف قولاً بشخص معروف وهو المستحق للحجر بأي سبب كان.

وعرفه الشافعية بأنه: المَنْعُ من التَّصَرُّفَاتِ المالية.

وعرفه المالكية بأنه: صفة حكمية تُوجِبُ مَنْعَ موصوفها من نفوذ تصرُّفه، فيما زاد على قوته، كما توجب مَنْعَهُ من نفوذ تصرُّفه، في تبرعه بزائد على ثلث مَالِهِ.

وعرفه الحنابلة بأنه: مَنْعُ الإنسان من التصرُّف في ماله. =

في هذا الكتاب فصلان: فصل في الحجر، وفصل في الحبس.

أما الحجر فالكلام فيه يقع في ثلاثة مواضع:

أحدها: في بيان أسباب الحجر.

والثاني: في بيان حكم الحجر.

والثالث: في بيان ما يرفع الحَجْر.

أما الأول: فقد اختلف فيه:

قال أبو حنيفة ـ عليه الرحمة ـ: الأسْبَاب الموجبة للحجر ثَلاَثة ما لها رابع[1]: الجنون، والصبا، والرق؛ وهو قول زفر.

= **انظر:**
حاشية ابن عابدين ٥/ ٨٩، مجمع الأنهر: ٢/ ٤٣٧، المهذب للشيرازي ١/ ٣٢٨، نهاية المحتاج ٤/ ٣٥٣، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير: ٣/ ٢٩٢، أسهل المدارك ٣/ ٣، كشاف القناع ٣/ ٤١٦ - ٤١٧، الإقناع: ٢/ ٢٦.
وأما حكمة مشروعيته ما علم إن الله سبحانه وتعالى خلق الإنسان وميزه عن سائر الحيوانات بالعقل غير أنه لم يجعل العقول في درجة واحد من الكمال بل جعلها متفاوته مختلفة نعم تفاوت الناس في ذلك حتى صار بعضهم بعيد النظر في أموره كامل التدبير في تصرفاته كما صار البعض على خلاف ذلك بسبب ما ابتلاه به من جنون، أو صغر، أو سفه، أو عته، أو نحو ذلك من الأمور التي تقتضي نقص العقول عند أصحابها وتستلزم وقوع الغبن والضرر في التصرفات.
فالله سبحانه وتعالى لكمال حكمته وعظيم شفقته اعتنى بهؤلاء الذين قد ابتلاهم بما اقتضته حكمته. وما استلزمه قضاؤه فشرع لهم ما يصون مصالحهم ويحفظ حقوقهم ويبعد أيدي العابثين الخائنين من أن تصل إلى شيء من أموالهم إلا بحق فحجر عليهم ومنعهم من كل تصرف يؤدي إلى ضياع أموالهم وفساد مصالحهم لأن المال به قوام الحياة وهو عماد المعيشة ولولا ذلك المنع وهذه الحيطة لرغب كل إنسان في التعامل معهم لكي يبتز أموالهم ويسلب حقوقهم ظلماً وعدواناً لكنه وهو العليم بمصالح عباده الحكيم في تدبيره المطلع على خفيات الأمور، وما تكنه صدور خلقه وما توسوس به نفوسهم قد أحاط هؤلاء بسياج متين فأوجب على من يقوم بشؤون المسلمين أن ينصب لهؤلاء من يقوم بمصالحهم، ويحافظ على حقوقهم ويتولى كل عمل من شأنه أن يجلب مصلحة لهم أو يدفع ضرراً عنهم فحال بينهم وبين قاصديهم وصرف وجوههم إلى القيم أو الولي الذي تبعثه الشفقة عليهم والرحمة بهم على العمل لإصلاح حالهم ويزجره دينه على التفريط في شؤونهم ولولا ذلك لاستلب أموالهم من كان وفير العقل كامل التدبير فيصبحون ولا مال لهم ويحل الفقر بنا وبهم وبهذا يكون عدد غير قليل من الأمة عالة على كاهلها مع أن الشريعة السمحة لا ترضى بذلك ولا تقره.

(١) وقد اختلفت كلمة العلماء في أسباب الحجر، فبينما نرى بعضهم يحصرها في عدد قليل لم يجاوز ثلاثة، وذلك إما بإدخال الأسباب بعضها في بعض، وإما لأنها لم يثبت كونها سبباً عندهم، وإلى ذلك ذهب أبو =

وقال أبو يوسف ومحمد والشافعي وعامة أهل العلم رحمهم الله تعالى: والسفه والتبذير، ومطل الغني، ووجوب[١] الدين، وخوف ضياع المال بالتجارة، والتلجئة، والإقرار لغير الغرماء من أسباب الحجر أيضاً، فيجري [الحجر][٢] عندهم في السَّفيه المفسد للمال بالصَّرف إلى الوجوه الباطلة، وفي المبذر الذي يسرف في النَّفقة ويغبن في التجارات، وفيمن يمتنع عن قضاء الدين مع القدرة عليه إذا ظهر مطله عند القاضي، وطلب الغرماء من القاضي أن يبيع عليه ماله ويقضي به دينه، وفيمن ركبته الدُّيون وله مال فخاف الغُرمَاء ضياع أمواله بالتِّجارة، فرفعوا الأمر إلى القاضي وطلبوا منه أن يحجر عليه، أو خافوا أن يلجىء أمواله، فطلبوا من القاضي أن يحجره عن الإقرار إلا للغُرَماء، فيجري الحجر في هذه المواضع عندهم، وعنده: لا يجري.

وما روي عن أبي حنيفة ـ رحمه الله ـ: أنه كان لا يجري الحَجْر إلا على ثلاثة: المفتي الماجن[٣]، والطبيب الجاهل، والمكاري المفْلس، وليس المراد منه حَقِيقة الحجر، وهو المعنى الشَّرعي الذي يَمْنَع نفوذ التصرُّف.

ألا ترى أن المفتي لو أفتى بعد الحجر وأصاب في الفتوى جاز، ولو أفتى قبل الحجر وأخطأ، لا يجوز، وكذا الطبيب لو باع الأدوية بعد الحجر، نفذ بيعه، فدَّل أنه ما أراد به الحجر حقيقةً، وإنما أراد به المنع الحسِّي، أي يمنع هؤلاء الثَّلاثة عن عملهم حسًا، لأن المنع عن ذلك من باب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر؛ لأن المفتي الماجن[٤] يفسد أديان المُسْلمين، والطبيب الجاهل يفسد أبْدَان المسلمين، والمكاري المفلس يفسد أمْوَال الناس[٥] في المفَازَة، فكان منعهم من ذلك من باب الأمر بالمعروف والنَّهي عن المنكر لا من باب الحَجْر، فلا يلزمه التَّناقض بحمد الله تعالى عز شأنه.

ولو حجر القَاضِي على السفيه ونحوه، لم ينفذ حجره عند أبي حنيفة ـ رحمه الله ـ،

= حنيفة حيث قال: إنها ثلاثة الصغر، والجنون، والرق، والأخير على تسمح فيه، فإن الحجر فوع الملك والعبد لا يملك.
نرى البعض الآخر تصل به الأسباب إلى سبعين سبباً كما نقل عن بعض الشافعية.
ونرى آخر أخذ بالقصد بينهما فكانت أسباب الحجر عنده لم يتخط عن الثلاثة ولكنها لم تبلغ السبعين.

(١) في ط: وركوب.
(٢) سقط في ط.
(٣) في ب: الجاهل.
(٤) في ب: الجاهل.
(٥) في ب: المسلمين.

حتى لو تصرَّف بعد الحجر ينفذ تصرفه عنده، وإن كان الحَجَر هٰهنا محل الاجتهاد، لأن الحجر من القاضي قضاء منه، وقضاء القاضي في المجتهدات إنما ينفذ، ويصير كالمتفق عليه إذا لم يكن نفس القَضَاء محل الاجتهاد، فأما إذا كان فلا، بخلاف سائر المجتهدات التي لا يرجع الاجتهاد فيها إلى نفس القَضَاء، وقد ذكرنا الفَرْق في كتاب أدب القاضي.

واختلف أبو يوسف ومحمد فيما بينهما في السَّفيه، أنه هل يصير محجوراً عليه بنفس السَّفه، أم يقف الانحجار على حجر القاضي(١)؟

---

(١) اتفق القائلون بالحجر بسبب السفه على أن السفيه محجور عليه ولكنهم اختلفت كلمتهم في شيء وراء هذا:
فذهب محمد بن الحسن من الحنفية وابن القاسم من المالكية إلى أن السفيه منحجر بنفس السفه.
وذهب أبو يوسف من الحنفية والحنابلة إلى أن السفيه لا يحجر عليه إلا بقضاء القاضي. وهو قول المالكية والشافعية في السفه الطارىء بعد البلوغ.
أما في السفه المقارن للبلوغ فوليه في الصغر وليه في هذه الحالة.
وثمرة هذا الخلاف إنما تظهر عند الكلام على تصرفات السفيه.
واستدل محمد ومن معه من وجهين:
«الأول»: بما روي أن النبي ﷺ «رد عتق من أعتق عبده ولا مال له غيره» ووجه الدلالة: أن هذا التصرف بالعتق كان قبل الحجر عليه منه فدل على أن السفيه منحجر عليه بنفس السفه ضرورة أن المعتق حين أعتق لم يكن محجوراً عليه من الحاكم. وقد يقال: إن رد الرسول لعتقه إهدار لتصرفه، فالرسول عليه السلام لم يكن مقرراً للحجر بل منشئاً له على أننا لو سلمنا أن الرسول كان مقرراً للحجر لم يفد هذا الدليل محمد بن الحسن لأنه يقول بنفاذ عتق السفيه.
«الثاني»: أن الحجر بالسفه كالحجر بالصغر والجنون والرق وهو بهذه الأسباب لا يحتاج إلى القاضي فكذلك بالسفه.
وقد يجاب بأنه في السفيه معنى لم يكن في غيره.
أما الرقيق فالحجر عليه إنما هو لحق السيد، وفوق هذا ليس أهلاً للملك عندكم بخلاف السفيه، فإنه أهل للملك فإن تصرف السفيه فقد تصرف في خالص ملكه، على أن السفيه أهل للخطاب فباين بذلك الصغير والمجنون، وزيادة على ذلك الصغر والجنون والرق أمور معروفة لكل الناس بخلاف السفه والتبذير فإنه مختلف فيه.
فمن هذا يتبين أنه قياس مع الفارق.
واستدل أبو يوسف ومن معه من وجوه:
«الأول»: أن الحجر على السفيه لمعنى النظر له والحجر عليه وإن كان فيه نظر له ومصلحة ففيه ضرر يلحقه، وهو إهدار قوله في التصرفات ولا يفصل في ذلك إلا القاضي فلزم ألا يثبت الحجر عليه إلا بالقضاء.
«الثاني»: أن الحجر بالسفه مختلف فيه بين الفقهاء والذي يرفع الخلاف هو حكم القاضي.
«الثالث»: أن التبذير يختلف في نفسه ويتفاوت فوق أنه مختلف فيه بين الفقهاء فيفتقر إلى الاجتهاد فلا =

قال أبو يوسف: لا يصير محجوراً إلا بحجر القاضي.

وقال محمد: ينحجر بنفس السَّفه من غير الحاجة إلى حجر القاضي.

وحجة العامة قوله تبارك وتعالى: ﴿فَإِنْ كَانَ الَّذِي عَلَيْهِ الحَقُّ سَفِيَهاً أَوْ ضَعِيفاً أَوْ لاَ يَسْتَطِيعُ أَنْ يُمِلَّ هُوَ فَلْيُمْلِلْ وَلِيُّهُ بِالعَدْلِ﴾ [البقرة: ١٨٢] جعل الله لكلِّ واحد من المذكورين ولياً، منهم السفيه.

وعند أبي حنيفة رحمه الله: لا ولي للسَّفيه، لأنه إذا كان له وليٌّ دل أنه مولى عليه، فلا ينفذ تصرُّفه كالصبي والمجنون، وقوله تبارك وتعالى: ﴿وَلاَ تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمْ﴾ [النساء: ٥] نهى عن إعطاء الأموال السُّفهاء، وعنده: يدفع إليه ماله إذا بلغ خمساً وعشرين سنة وإن كان سفيهاً.

وروي أن رَسُول الله ﷺ «**بَاعَ عَلَى مُعَاذٍ مَالَهُ بِسَبَبِ دُيُونٍ رَكِبَتْهُ**»[(١)]. وهذا نصٌّ في الباب، لأن البيع عليه لا يذكر إلاَّ في غير مَوْضِع الرِّضا؛ ولأن التصرُّفات شرعت لمصالح العباد، والمصلحة تتعلَّق بالإطلاق مرة وبالحجر أخرى، والمصْلَحة هٰهنا في الحَجْر، ولهذا إذا بلغ الصبي سفيهاً[(٢)] يمنع عنه ماله إلى خمس وعشرين سنة بلا خلاف؛ ولهذا حجر على الصَّبي والمجنون؛ لكون الحجر مصلحة في حقِّهما. كذا هٰهنا.

ولأبي حنيفة - رضي الله عنه - عمومات البيع والهبة والإقرار والظِّهار واليمين، من نحو قوله تبارك وتعالى: ﴿وَأَحَلَّ الله البَيْعَ﴾ [البقرة: ٢٧٥] وقوله سبحانه وتعالى: ﴿يَأَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدَيْنٍ إِلَىٰ أَجَلٍ مُسَمًّى فَاكْتُبُوهُ. . .﴾ [البقرة: ١٨٢] إلى قوله عز شأنه: ﴿وَلاَ يَبْخَسْ مِنْهُ شَيْئاً﴾ [البقرة: ١٨٢] أجاز الله تعالى البدلين حيث ندب إلى الكتابة، وأثبت الحقّ حيث أمر من عليه الحقّ بالإملاء، ونهى عن البخس عاماً من غير تخصيص. وقوله تبارك وتعالى: ﴿يَأَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لاَ تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالبَاطِلِ إِلاَّ أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ﴾ [النساء: ٢٩] وبيع مال المديون عليه تجارة لا عن تراض فلا يجوز، وبيع السَّفيه ماله تجارة عن تراض فيجوز.

= يثبت إلا بقضاء القاضي.

«الرابع»: قول علي لآتين عثمان ولأسألنه أن يحجر على عبد الله ولو كان السفيه منحجراً بالسفه بدون حكم من الحاكم لحجر عليه بدون سؤال عثمان.

ينظر: نظام الحجر لشيخنا سليمان رمضان عثمان.

(١) تقدم.

(٢) في ب: سفهاً.

وقوله سبحانه وتعالى: ﴿يَأَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ شُهَدَاءَ للهِ وَلَوْ عَلَى أَنْفُسِكُمْ﴾ [النساء: ١٣٥] عامًّا وشهادة الإنسان على نفسه إقرار.

وقوله تبارك وتعالى: ﴿وَإِذَا حُيِّيتُمْ بِتَحِيَّةٍ فَحَيُّوا بِأَحْسَنَ مِنْهَا أَوْ رُدُّوهَا﴾ [النساء: ٨٦] وقوله ـ عليه الصلاة والسلام ـ: **«تَهَادَوْا تَحَابُّوا»** وآية الظهار وآية كفَّارة اليمين شرع الله هذه التصرُّفات عاماً والحجر عن المشْرُوع متناقض، وكذا نص الظهار واليمين يَقْتَضيان وجوب التَّحرير على المظاهر والحالف الحانث، وجوازه في الكفَّارة عاماً.

وعند أبي يوسف ومحمد: لا يجب التَّحرير على السَّفيه، ولو حرر لا يجزيه عن الكفارة، لأنه تجب السِّعاية على العبد فيكون إعتاق بعوض، فلا يقع التحرير تكفيراً، فكانت الآية حجة عليهما، ولأن بيع السفيه مال نفسه تصرف صدر من الأهل بركنه في محل هو خالص ملكه، فينفذ كتصرف الرشيد؛ وهذا لأن وجود التصرف حقيقة بوجود ركنه ووجوده شرعاً بصدوره من أهله، وحلوله في محله وقد وجد، وبيع مال المدْيُون عليه تصرُّف في ملك الغير من غير رضا المالك، وأنه لا ينفذ كالفُضُولي.

وأما الآية فقد قال بعض أهل التَّأويل: السفيه[1] هو الصغير، وبه نقول وقيل: إن الولي هٰهنا هو من له الحقّ، يملي بالعدل عند حضرة من عليه الدين[2] لئلا يزيد على ما عليه شيئاً، ولو زاد أنكر عليه، وقوله تبارك وتعالى: ﴿وَلاَ تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمْ﴾ [النساء: ٥] فقد قال بعض أهل التَّأويل: المراد من السُّفهاء النساء والأولاد الصغار، يؤيده في سياق الآية قوله: ﴿فَارْزُقُوهُمْ فيها وَاكْسُوهُمْ﴾ [النساء: ٥] ورزق النساء والأولاد الصغار هو الذي يجب على الأولياء والأزواج، لا رزق السفيه وكسوته، فإن ذلك يكون من مال السَّفيه.

على أن في الآية الشريفة ألاَّ تؤتوهم مال أنفسكم؛ لأنه سبحانه وتعالى أضَافَ الأموال إلى المعطي لا إلى المعْطى له وبه نقول.

---

(١) «السفة في اللغة»: خفة الحكم، أو نقيضه، وأصله الخفة والحركة، أو الجهل؛ والعرب تطلق السفه على ضعف العقل تارة، وعلى ضعف البدن أخرى. فمن الأول قول الشاعر:

نخاف أن تسفه أحلامنا ... ويجهل الدهر مع الجاهل

ومن الثاني قول ذي الرمّة:

مشين كما اهتزت رماح تسفهت ... أعاليها مر الرياح النواسم

والسفيه المهلهل الرأي في المال، الذي لا يحسن الأخذ لنفسه، ولا الإعطاء منها.

«وفي اصطلاح» الفقهاء، يراد من السفه السرف، والتبذير، وعدم حفظ المال.

(٢) في ب: الحق.

وأما بيع مال مُعَاذٍ رضي الله عنه فقد كان برضاه[١]؛ إذ لا يظن به أنه يكره بيع رسول الله ﷺ، ويتمنع بنفسه عن قَضَاء الدين، مع ما أنه قد روي أنه طَلَب من رسول الله ﷺ أن يبيع مَالَه؛ لينال بركته فيصير دينه مقضيًّا ببركته، كما روي عن جابر - رضي الله عنه - أنه لما استشهد أبوه يوم أحد وترك ديوناً فطلب جابر من رسُول الله ﷺ أن يبيع أمواله لينال بركته، فيصير دينه بذلك مقضياً، وكان كما ظَنَّ[٢].

والاسِتدْلاَل بمنع المال إذا بلغ سفيهاً لا يستقيم؛ لأن المنع تصرُّف في المال، والحجر تصرُّف على النفس، والنفس أعظم خطراً من المال، فثبوت أدنى الولايتين لا يدلُّ على ثبوت أعْلاَهما.

ثم نقول: إنما يمنع عن ماله نظراً له تقليلاً للسفه؛ لما أن السفه غالباً يجري في الهبات والتبرُّعات، فإذا منع منه ماله ينسدُّ باب السَّفه فيقل السفه.

فأما المعاوَضات فلا يغلب فيها السَّفه، فلا حاجة إلى الحجر لقليل السَّفه، وأنه يقلُّ بدونه فيتمحَّض الحجر ضرراً بإبطال أهليته، وهذا لا يجوز، بخلاف الصبي والمجنون؛ لأنهما ليسا من أهل التصرّف، فلم يتضمن الحَجر إبطال الأهلية، والله سبحانه وتعالى أعلم.

فصل في حكم الحجر

وأما بيان حكم الحَجرْ: فحكمه يظهر في مال المحْجُور وفي التصرُّف في ماله: أما حكم المال: فأما المجنون[٣] فإنه يمنع عنه ماله ما دام مجنوناً؛ وكذلك الصبي الذي لا يعْقل، لأن

---

(١) تقدم. (٢) تقدم في البيوع.

(٣) «الجنون في اللغة» يقال جنه بجنه جناً، وجن عليه جناً وجنوناً، وأجنه الليل ستره. قال الراغب وأصل الجن الستر عن الحاسة، قال تعالى ﴿فَلَمَّا جَنَّ عَلَيْهِ اللَّيْلُ رَأَى كَوْكَباً﴾ وحيثما كانت هذه المادة فهي تتضمن الستر، وإنما سمي المجنون مجنوناً لأن عقله قد ستر.

«الجنون في الاصطلاح» وعرفه الفقهاء: بأنه اختلال العقل بحيث لا تجري أفعاله وأقواله على نهجه قصداً.

وذلك إما لنقصان جبل عليه دماغه فلا يصلح لقبول ما أعدله كلسان الأخرس وعين الأكمة. وأما لخروج مزاج الدماغ عن حد الاعتدال بسبب خلط أو رطوبة أو يبوسة.

وأما باستيلاء الشيطان وإلقاء الخيالات الفاسدة إليه.

ولم يختلف الفقهاء في الحجر بسبب الجنون.

وذلك لقول النبي ﷺ: «رُفِعَ القَلَمُ عنْ ثَلاَثٍ عَنِ الصَّبِيِّ حَتَّى يَحْتَلِمَ، وعَنِ النَّائِم حَتَّى يَسْتَيْقِظَ، وعَنِ المَجْنُون حَتَّى يَفِيْقَ» ووجه الدلالة منه: أن المجنون غير مؤاخذ بأقواله ما دام مجنوناً، وأما أفعاله التي تتعلق بإتلاف الحال أو غصبه والجناية عليه فهو مؤاخذ بها، وذلك لأن المقصود حفظ المال ورعايته من العبث به ومن القواعد المقررة عندنا وأن الخطأ والعمد في أموال الناس سواء، فالحديث إذا مخصوص بالتصرفات الفعلية التي تتعلق بالمال.

ينظر: نظام الحجر لشيخنا سليمان رمضان عثمان.

وضع المال في يد من لا عقل له إتْلاف المال، وأما الصبي العاقل فيمنع عنه ماله إلى أن يؤنس منه رشده، ولا بأس للولي أن يدفع إليه شيئاً من أمواله، ويأذن له بالتِّجارة للاختبار عندنا؛ لقوله تعالى: ﴿وَابْتَلُوا الْيَتَامَىٰ﴾ [النساء: ٦] أذن سُبْحَانه وتعالى للأولياء في ابتلاء اليَتَامى، والابتلاء الاختبار، وذلك بالتجارة، فكان الإذن بالابتلاء إذناً بالتجارة، وإذا اختبره فإن آنس منه رشداً دفع الباقي إليه، لقوله تعالى: ﴿فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْداً فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ﴾ [النساء: ٦] والرشد هو الاستقامة والاهتداء في حفظ المال وإصلاحه؛ وهذا عندنا.

وعند الشافعي - رحمه الله -: يمنع منه[١] ماله، ولا يجوز للولي أن يدفع شيئاً من أمواله إليه، وأن يأذن له بالتجارة قبل البُلُوغ، والمسألة نذكرها في كتاب المأذون إن شاء الله تعالى.

وإن لم يأنس منه رشداً، منعه منه إلى أن يبلغ، فإن بلغ رشيداً دفع إليه، وإن بلغ سفيهاً مفسداً مبذراً، فإنه يمنع عنه ماله إلى خمس وعشرين سنة بالإجماع، فإذا بلغ هذا المبلغ ولم يؤنس رشده، دفع إليه عند أبي حنيفة - رضي الله عنه -، وعندهما: لا يدفع إليه ما دام سفيهاً.

وأما الرقيق فلا مال له يمنع، فلا يظهر أثر الحَجر في حقه في المال، وإنما يظهر في التصرفات، هذا حكم الحجر في مال المحجور.

وأما حكمه في تصرفه: فالتصرف لا يخلو إما أن يكون/ من الأقوال وإما أن يكون من الأفعال. أ

أما التصرفات القولية فعلى ثَلاَثة أقسام: نافع محض، وضار محض، ودائر بين الضَّرر والنفع.

أما المجنون فلا تصحُّ منه التصرُّفات القولية كلها، فلا يجوز طَلاَقه وعتاقه وكتابته وإقراره، ولا ينعقد بيعُه وشِرَاؤه حتى لا تلحقه الإجازة، ولا يصحُّ منه قَبُول الهبة والصدقة والوصية، وكذا الصبي الي لا يعقل، لأن الأهلية شرط جواز التَّصرُّف وانعقاده، ولا أهلية بدون العَقْل.

وأما الصبي العَاقِل فتصحُّ منه التصرفات النَّافعة بلا خلاف[٢]، ولا تصحُّ منه التصرفات الضَّارة المحضة بالإجماع.

---

(١) في ب: عنه.
(٢) ذهب الإمام الشافعي رضي الله عنه إلى أن الصبي المميز كغير المميز لا يصح تصرفه ولا ينفذ إذن الولي أم لم يأذن.

....

= فأما في حال عدم الإذن فذلك ظاهر. وأما في حال الإذن فإن إذن الولي لا يغير من حال المحجور، ولا يكسبه أهلية التصرف سواء كان ذلك التصرف لمحض الضرر أو لمحض المنفعة أو دار بينهما فلا يصح طلاقه ولا إعتاقه ولا إقراره ولا يهب ولا يقبل الهبة، وإنما يصح تصرفه فيما لا يمت إلى المال بسبب الأصالة عن نفسه، فلهذا صح كونه وكيلاً في توزيع الزكاة حتى عين له الجزء الذي يدفع وصح إذنه بدخول الدار ونحو ذلك، وصح أن يكون وكيلاً في إيصال الهدية إن كان مثل الموكل لا يليق به ذلك غير أنهم شرطوا فيه أن يكون مأموناً لم يظهر عليه كذب ولو مرة واحدة.

وقال الإمام مالك وأبو حنيفة وأحمد رضي الله عنهم إن تصرفات الصبي المميز القولية التي تعود عليه بالضرر، وتقتضي ذهاب المال وضياعه كالهبة والصدقة، والعتق وما إلى ذلك من كل تصرف لا يعود على المحجور عليه بفائدة فباطلة ولا يصححه إذن الولي له فيه أما بطلانه منه فلأن الغرض من الحجر عليه حفظ ماله عليه حال الحياة. وصحة هذه التصرفات منه تنافي ما شرع الحجر لأجله، فإن أذن له الولي في هذه التصرفات فإذنه لا يفيد شيئاً، لأن الولي إنما أبيح له أن يفعل ما فيه المصلحة، والإذن في هذه التصرفات عار عن المصلحة لهذا كان إذنه غير مفيد في صحته تصرف الصبي في مثل هذه الأحوال.

ويستثنى من ذلك الوصية فإنها تصح من الصغير إذا ميز وعقل القربة، وإن لم يأذن له فيها الولي، وهذا هو مذهب المالكية وأحمد ومشهور مذهب الشافعي.

وقال الحنفية: إن وصية الصغير باطلة كالهبة والصدقة وسائر التبرعات.

ووجهة المالكية ومن وافقهم في الوصية: أن الغرض من الحجر على الصغير ومنعه من التصرفات إنما شرع لأجل حفظ ماله عليه لينتفع به حال حياته، والوصية إنما تنفذ من ثلث ماله بعد موته فصحتها منه لا تتنافى مع هذا الغرض، لأنها إنما صحت منه بعدما استغنى عن المال بالموت وانتقل المال إلى غيره من الورثة. ويؤيد ذلك ما رواه مالك في الموطأ عن عبد الله بن أبي بكر بن حزم عن أبيه أن عمرو بن سليم الزرقي أخبره أنه قيل لعمر بن الخطاب إن هٰهنا غلاماً يفاعاً لم يحتلم من غسان، ووارثه بالشام، وليس له هٰهنا إلا ابنة عم، قال عمر بن الخطاب فليوص لها، قال فأوصى لها بمال يقال له بئر جشم، وبيع ذلك المال بثلاثين ألف درهم، وكان الغلام الذي أوصى سنة عشر سنين أو اثنتي عشر سنة.

أما التصرفات القولية التي تشتمل على المعاوضة وليس فيها ذهاب للمال كالبيع والشراء والمساقاة والإجارة والقرض الخ فإنها تقع من الصبي صحيحة، ولكنها موقوفة على إذن الولي في نفاذها، فما رآه منها مصلحة أو غبطة أجازة وأمضاه، ومالاً فلا، وما استوى فيه الأمران فالولي فيه بخير النظرين إن شاء أمضى وإن شاء رده، هذا إذا كان للصغير ولي، فإن لم يكن له ولي من أب أو وصي أو غيرهما، وغفل عنه حتى رشد وملك أمر نفسه انتقل إليه ما كان للولي من الرد والإمضاء. أما التصرفات القولية التي هل لمحض المنفعة فلا أثر للحجر فيها، إذ هي صحيحة نافذة، لأنه إنما حجر عليه لحفظ ماله وخوفاً من إتلافه وضياعه، وليس في قبول الهبة ونحوها من كل ما يعود على الصغير بالمنفعة ضياع للمال، بل هو فيه تحصيل للمال وإفادة له.

ولا خلاف بين العلماء في أن التصرفات الفعلية لا أثر للحجر فيها، فإذا غصب الصبي مال غيره أو أتلفه ما لم يؤتمن عليه من مال الغير فإنه يضمن في ماله إن كان له مال، وفي ذمته إن لم يكن له مال. أما إذا أتلف ما ائتمن عليه كالوديعة فلا ضمان عليه لأن صاحب المال مفرط حيث ائتمن من ليس أهلاً للأمانة، =

وأما الدائرة بين الضرر والنفع كالبيع والشراء والإجارة ونحوها، فينعقد عندنا موقوفاً على إجازة وليه؛ فإن أجاز جاز، وإن رد بطل، وعند الشافعي ـ رحمه الله ـ: لا ينعقد أصلاً، وهي مسألة تصرفات الصبي العَاقِل، وقد مرت في مَوْضِعها.

وأما الرقيق فيصحُّ منه قَبُول الهبة والصَّدقة والوصية؛ وكذا يصح طَلاقه وإقراره بالحدود والقِصَاص، وأما إقراره بالمال فلا يصحُّ في حق مولاه، ويصح في حقِّ نفسه حتى يؤاخذ به بعد العِتَاق.

وأما البيع وغيره من التصرفات الدائرة بين الضرر والنفع ـ فلا ينفذ، بل ينعقد موقوفاً على إجازة المَوْلَى، ودلائل هذه المسائل ذكرت في مواضعها وأما التصرُّفات الفعلية وهي الغُصُوب والإتلافات؛ فهذه العَوَارض وهي الصِّبا والجنون والرق لا تُوجب الحَجْر فيها، حتى لو أتلف الصَّبي والمجنون شيئاً فضمانه في مالهما؛ وكذا العبد إذا أتلف مال إنسان فإنه يؤاخذ به، لكن بعد العتاق.

أما السفيه: فعند أبي حنيفة ـ عليه الرحمة ـ ليس بمحْجُور عن التصرّفات(١) أصلاً، وحاله وحال الرشيد في التصرُّفات سواء، لا يختلفان إلا في وجه واحد؛ وهو أن الصبيّ إذا بلغ سفيهاً يمنع عنه ماله إلى خمس وعشرين سنة، وإذا بلغ رشيداً يدفع إليه ماله.

فأما في التصرفات فلا يختلفان، حتى لو تصرَّف بعد ما بلغ سفيهاً، ومنع عنه ماله ـ نفذ تصرفه كما ينفذ بعد أن دفع المال إليه عنده.

= فكان أولى بالحمل عليه، وكل ذلك ما لم يصون الصغير ماله بالمال الذي أتلفه. أما إن صون ماله بذلك ضمن في ماله الحاضر الأقل من قيمة ما أتلف وما صون به ماله لأنه حين حفظ ماله بمال غيره علم أنه حريص على ماله غير مفرط فيه، فوجب أن يؤخذ منه بمقدار ما حفظ به ماله لأن أفعاله أشبه بأفعال العقلاء البالغين منها بغير البالغين.

وأما جناية الصغير على النفس أو الطرف عمداً أو خطأ ففيها الدية وتكون على العاقلة إن بلغ ما وجب في الجناية ثلث الدية الكاملة أو زاد عن الثلث، وعلى الصبي إن كان ما وجب أقل من الثلث ويخرج ذلك من ماله، ويؤخذ ما وجب عليه إن كان له مال ويتبع في ذمته إن لم يكن له مال. وإنما انتفى القصاص عن الصبيان في العمد ولزمتهم الدية، لأن القصاص إنما شرع لزجر الجاني واعتبار الغير به، والزجر إنما يتحقق إذا كان الجاني ممن يدرك معنى الجريمة ويعقل حرمة النفس والاعتداء عليها والصبيان خلو من هذه المعاني، والحكم إذا لم تتحقق غايته بطلت شرعيته. وأما الدية فإنما شرعت للتعويض عن النفس وللترويح عن أولياء المجني عليه وتخفيف آلام المصيبة عنهم حتى تنطفىء الضغينة من القلوب، وتنكسر شوكة الحقد من الصدور، وهذا أمر يتحقق ببذل المال من أي شخص كان بالغاً أو صغيراً.

ينظر: نظام الحجر لشيخنا سليمان رمضان عثمان، الزيلعي ٥/١٩١ ـ ١٩٢ منح الجليل ٣/١٦٨، ١٦٩.

(١) في ب: التصرف.

ب وأما عندهما: فحكمه وحكم الصبي العاقل/ والبَالِغ المعتوه سواءٌ، فلا ينفذ بيعه وشراؤه وإجارته وهبته وصدقته وما أشبه ذلك من التصرُّفات التي تحتمل النَّقض والفسخ.

وأما فيما سوى ذلك :حكمه وحكم البالغ العاقل الرشيد سواء، فيجوز طلاقه ونكاحه وإعتاقه وتدبيره واستيلاده، وتجب عليه نفقة زوجاته وأقاربه والزكاة في ماله وحجة الإسلام، وينفق على زوجاته وأقاربه ويؤدي الزَّكاة من ماله، ولا يمنع من حجَّة الإسلام، ولا من العُمرة، ولا من القرابين وسوق البدنة، لكن يسلم القاضي النفقة والكراء والهدي على يد أمين، لينفق عليه في الطريق، ولا ولاية عليه لأبيه وجده ووصيهما، ويجوز إقراره على نفسه بالحُدُود والقِصَاص، وتجوز وصاياه بالقُرْب في مرض موته من ثُلُث ماله وغير ذلك من التَّصرُّفات التي تصح من العَاقِل البالغ الرشيد، إلا أنه إذا تزوج امرأة بأكثر من مهر مثلها، فالزيادة باطلة، وإذا أعتق عبده يسعى في قيمته في ظاهر الرواية.

وذكر الطحاوي عن محمد ـ رحمهما الله ـ: أنه رجع عن ذلك، وقال: يعتق من غير سعاية، فأما فيما سوى ذلك فلا يختلفان.

ولو باع السَّفيه أو اشترى، نظر القاضي في ذلك، فما كان خيراً أجاز، وما كان فيه مضرة ردَّه، والله سبحانه أعلم.

فصل في بيان ما يرفع الحجر

وأما بيان ما يرفع الحجر:

أما الصبي فالذي يرفع الحجر عنه شَيْئَان: **أحدهما**: إذن الولي إياه بالتجارة والثاني: بلوغه إلا أن الإذن بالتجارة يزيل الحَجْر عن التصرفات الدائرة بين الضَّرر والنفع.

وأما التصرّفات الضارة المحضة، فلا يزول الحَجْر عنها إلا بالبُلُوغ وهذا عندنا، وعند الشافعي ـ رحمه الله ـ: لا يزول الحَجْر عن الصبي إلا بالبلوغ(١) وقد مرت المسألة.

(١) البلوغ طور من أطوار الحياة، به يستعد الشخص لأداء وظيفته النوعية وهي التناسل، وقريب من هذا قول المأرزي: هي قوة تحدث للشخص تنقله من حال الطفولة إلى غيرها.
وللبلوغ علامات يُعرف بها، بعضها خاص بالإناث، والبعض الآخر يشترك فيه الإناث والذكور.
«فالقسم الأول»: الحمل، والحيض.
«والقسم الثاني»: ثلاثة أنواع: خروج المني، نبات شعر العانة، السن.
وإذا بلغ وأونس منه الرشد فك عنه الحجر وسلم إليه ماله. =

....

= ولكنهم اختلفوا هل يزول الحجر عنه بالبلوغ والرشد بدون مزيل أو لا بد مع ذلك من فك القاضي إن كان الذي يلي أمر الصبي مقاماً من قبله، أو لا بد من فك الوصي إن كان هو الذي يلي أمر المحجور.
فقال الحنفية والشافعية والحنابلة والظاهرية: يزول الحجر بنفسه ولا يحتاج إلى فك ولا إزالة متى بلغ الصبي رشيداً سواءاً كانت الولاية للأب أم للوصي أم للمقدم من قبل القاضي.
وقال المالكية: إن كان ولي الصغير هو الأب ارتفع الحجر عنه بالبلوغ وإيناس الرشد بدون حاجة إلى فك منه وإن كان غير الأب من وصي أو مقدم قاض فلا يرتفع عنه إلا بفك الوصي والمقدم.
وقد استدل الأولون:
ـ ١ ـ بقوله تعالى ﴿وَابْتَلُوا اليَتَامَى حَتَّى إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فإنه آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْداً فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوالَهُمْ﴾.
ووجه الدلالة: أن الآية أفادت أن دفع المال إليه مشروط بشرطين: البلوغ وإيناس الرشد، فإذا قلنا إنه لا بد من فك وإزالة كان ذلك شرطاً زائداً عن النص، ومعناه حينئذ أن البالغ الرشيد يظل محجوراً عليه ما دام الحاجر عليه لم يفك الحجر، ولم يأذن له في التصرف وهذا غاية الفساد.
ـ ٢ ـ إن سبب الحجر هو عدم العقل أو نقصانه، وحيث إنه قد بلغ ورشد فقد زال عنه الحجر فإن الحكم يدور مع علته وجوداً وعدماً.
ـ ٣ ـ إن الصغير منحجر لا محجور، ومعناه أن الحجر لم يكن بحكم قاضٍ وشيء ثبتت بدون مثبت وجب أن يزول بدون مزيل.
ولعل وجهة نظر المالكية في التفريق بين الأب وغيره أن حجر الأب على الصغير حجر أصالة وهو بذلك لا يحتاج إلى فك، وأما حجر الوصي والمقدم فإنما كان بإدخال وجعل فاحتاج إلى فك منهما.
وعندي أن ما ذهب إليه المالكية من التفريق بين الأب وبين الوصي والمقدم مستقيم، وذلك لأن الآباء مفطورون على حب الصالح العام لأبنائهم فلا يطلقون أيديهم في التصرفات ألا إذا تبين لهم رشدهم واستثمارهم للمال على خير الوجوه وأحسنها. أما الأوصياء والمقدمون فليست لهم هذه الصفة، بل ربما سلموا المال إلى المحجورين، وأبرأهم المحجور مما كان له قبلهم، فصيانة المال والاحتياط فيه داعيان إلى عدم رفع الحجر عنه لمجرد قولهم بل لا بد من إشهاد الوصي على الفك وإذن القاضي للمقدم.
«وفك الحجر عن الأنثى إذا بلغت وأونس رشدها»
قال أبو حنيفة والشافعي والثوري وابن المنذر وأحمد في إحدى الروايتين عنه: متى بلغت الجارية راشدة وجب رفع الحجر عنها وتسليم مالها إليها كالذكر تزوجت أم لم تتزوج.
وقال مالك يستمر الحجر عليها إلى أن يدخل بها الزوج ويشهد العدول بصلاح حالها إن كانت من ذوات الأب، وإلى فك الوصي والمقدم إن كان الذي يلي أمرها هو الوصي أو المقدم.
وقال أحمد في الرواية الأخرى: يستمر الحجر عليها حتى تتزوج وتلد، أو تمكث سنة في بيت زوجها.
وقد استدل الأولون:
ـ ١ ـ بقوله تعالى ﴿وابْتَلُوا اليَتَامى حَتَّى إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ﴾ الآية.
ووجه الدلالة: أن الآية علقت دفع المال إليهم على شرطين بلوغ وإيناس رشد، ولم تشترط ثالثاً هو الذكورة أو دخول الزوج أو مضي سنة أو فك وصي.
ـ ٢ ـ أنها صغير بلغ وأونس رشده فوجب أن يزول عنها الحجر ويدفع إليها المال كالذكر.
ـ ٣ ـ أنها بالغة رشيدة فيجوز لها التصرف في كل مالها كالتي دخل بها الزوج. =

ثم عند أبي حنيفة ـ رضي الله عنه ـ: يزول الحجر عن التصرفات[١] بالبلوغ، سواء بلغ رشيداً أو سفيهاً؛ وكذا عند أبي يوسف إلا أن يحجر عليه القَاضِي بعد البُلُوغ فينحجر بحجره.

وعند أبي حنيفة ـ رحمه الله ـ: لا ينْحَجر الصَّبي عن التصرُّف بحَجْر القاضي، لكن يمنع ماله إلى خمس وعشرين سنة.

وعند محمد والشافعي: لا يزول إلا ببلوغه رشيداً، ثم البلوغ في الغُلاَم يعرف بالاحْتلام/ والإحبال والإنزال[٢]، وفي الجارية يعرف بالحيض والاحتلام والحَبلَ؛ فإن لم يوجد شيء من ذلك فيعتبر بالسن.

أ

= واستدل مالك بالقياس، وحاصله أن الأب له إجبارها على النكاح بدون إذنها فله الحجر عليها في مالها من باب أولى؛ لأن النكاح يرجع إلى النفس وذلك يرجع إلى المال.
وقد يرد بقيام الفارق، فإن المعنى الذي من أجله كان لأبيها حق الإجبار هو أنها لا تدري مصلحة الزواج، ولا تعلم أي زوج هو أفضل فربما نزت بها نزوة في شاب غرر بها وخدعها فكانت نكبة إن هي تخلصت منه فذلك شر ونحس، وإن هي لم تستطع الخلاص منه فإما إلى حياة شقية تعسة، وإما إلى حياة شريرة فاجرة. والوقائع في عصرنا شاهدة بذلك.
وهذا المعنى غير متحقق في المال، لأنها يمكنها أن تدبر فيه وجه المصلحة، وإنا لا نعقل علاقة بين المال والنكاح.
واستدل أحمد بما روي عن شريح أنه قال: عهد إلى عمر بن الخطاب ألا أجيز لجارية عطية حتى تجول في بيت زوجها حولاً، أو تلد ولداً، والوجه: أن عدم الإجازة ليس إلا لكونها محجوراً عليها.
وقد يقال: ١ ـ لا نسلم صحة الحديث وإن سلمنا فهو لم يشتهر، وأيا ما كان فمثله لا يترك به الكتاب، والكتاب لم يشرط لدفع المال إلا شرطين: البلوغ وإيناس الرشد.
٢ ـ أنه يفيد منع العطية، والعطية تصرف بدون عوض فلا يستلزم منعها من جميع تصرفاتها.
ينظر نظام الحجر لشيخنا سليمان عثمان.

(١) في ب: التصرف.

(٢) من علاقات البلوغ: خروج المني منهما في اليقظة، أو النوم؛ ويدل لذلك قول النبي ﷺ: «رُفِعَ القَلَمُ عَنْ ثَلاَثٍ، عَنِ النَّائِمِ حَتَّى يَسْتَيْقِظَ، وعَنِ المَجْنُونِ حَتَّى يَفِيْقَ وعَنِ الصَّبِيِّ حَتَّى يَحْتَلِمَ» وقول النبي ﷺ لمعاذ: «**خُذْ مِنْ كُلِّ حَالِمٍ دِينَاراً**»، وقوله الله تعالى: ﴿وَإِذَا بَلَغَ الأَطْفَالُ مِنْكُمُ الحُلُمَ فَلْيَستأذِنُوا كَمَا اسْتَأْذَنَه الَّذِينَ مِنْ قَبْلِهِمْ...﴾ الآية.
ونبات شعر العانة على فرج الذكر، والأنثى.
وخالف في ذلك أبو حنيفة ـ رضي الله عنه ـ فلم يره علامة للبلوغ، مستنداً إلى أن شعر العانة شعر نبت على الجسم كغيره من الشعور، فلا يصلح علامة على البلوغ كغيره.
أما الجمهور فإنه استند إلى ما ورد من أن النبي ﷺ لما حكم سعد بن معاذ في بني قريظة، وحكم سعد بأن تقتل مقاتلهم، وتسبى ذراريهم، أمر عليه الصلاة والسلام بأن يكشف عن مؤتزرهم، فمن أنبت فهو من القاتلة، ومن لم ينبت فهو من الذراري، وفي ذلك يقول عطية القرظي: عرضت على رسول الله ﷺ يوم قريظة فشكوا فيّ، فأمر النبي ﷺ أن ينظر هل أنبت بعد، فنظروا إلي، فلم يجدوني أنبت بعد، فألحقوني بالذرية. =

أما معرفة البلوغ بالاحتلام، فلما رُوِيَ عن رسول الله ﷺ أنه قال: «**رُفِعَ القَلَمُ عَنْ ثَلاثَةٍ: مِنْهَا الصَّبِيُّ حَتَّىٰ يَحْتَلِمَ**».

جعل ـ عليه الصلاة والسلام ـ الاحتلام غاية لارتفاع الخطاب، والخطاب بالبُلُوغ دلَّ أن البلوغ يثبت بالاحْتِلام، ولأن البلوغ والإدراك عبارة عن بلوغ المرء كمال الحَالِ، وذلك بكمال القُدْرة والقوة، والقدرة من حيث سلامة الأسْبَابِ والآلات هي إمكان استعمال سائر الجوارح السَّليمة، وذلك لا يتحقق على الكَمال إلا عند الاحتلام.

فإن قيل: الإدراك إمكان استعمال سائر الجَوَارح إن كان ثابتاً، فأما إمكان استعمال الآلة المخْصُوصة وهو قضاء الشَّهوة على سبيل الكَمَال فليس بثابت؛ لأن كمالها بالإنزال والاحتلام سبب لنزول الماء على الأغلب، فجعل عَلَماً على البلوغ؛ ولأن الله تعالى أمر بابتغاء الولد، وأخبر أنه مكتوب له[1] بقوله تبارك وتعالى: ﴿وَابْتَغُوا مَا كَتَبَ الله لَكُمْ﴾ [البقرة: ١٨٧] والتَّكليف بابتغاء الولد إنما يتوجه في وقت لو ابتغى الولد لوجد، ولا يكون ذلك إلا في [حال][2] خروج الماء للشَّهوة، وذلك في حق الصَّبي بالاحتلام في المتَعَارف؛ ولأن عند الاحتلام يخرج عن حيز الأولاد، ويدخل في حيز الآباء حتى يسمى أبا فلان لا ولد فلان في المتعارف، لأن عنده يصير من أهل العلوق، فكان الاحتلام علماً على البلوغ.

وإذا ثبت أن البلوغ يثبت بالاحتلام يثبت بالإنزال، لأن ما ذكرنا من المعاني يتعلق بالنُّزول لا بنفس الاحتلام، إلا أن الاحتلام سبب لنزول الماء عادة، فعلق الحكم به وكذا الإحبال، لأنه لا يتحقَّق بدون الإنزال عادةً، فإن لم يوجد شيء مما ذكرنا فيعتبر البُلُوغ بالسِّن.

وقد اختلف العلماء في أدْنَى السن التي يتعلَّق بها البُلُوغ.

= فأنت ترى أن الرسول عليه الصلاة والسلام جعل الإنبات فارقاً بين المقاتلة والذرية، فكان علامة على البلوغ، إذ لا يقتل إلا من بالغ. وكذلك ثبت أن عمر رضي الله عنه كتب إلى بعض عماله ألاَّ تأخذ الجزية إلا ممن جرت عليه المواسي، ويعني بذلك من نبتت عانته، فدلَّ ذلك على أن نبات شعر العانة علامة على البلوغ، لأن الجزية لا تؤخذ إلا ممن بلغ.

وأيضاً فقد ورد أن غلاماً من الأنصار شبب بامرأة في شعره، فرفع أمره إلى عمر بن الخطاب، فلما كشف من مؤتزره لم يجده أنبت، فقال: «لو أنبت الشعر لحددتك» فكل ذلك يفيد أن نبات شعر العانة علامة من علامات البلوغ وأما ما قاله أبو حنيفة فغير ظاهر: فإن شعر العانة قد امتاز عن غيره من الشعور بأنه لا ينبت إلا عند البلوغ، أما غيره فقد يتقدم البلوغ كشعر الجسد وقد يتأخر عنه كشعر اللحية والشارب.

ينظر: نظام الحجر لشيخنا سليمان رمضان عثمان.

(١) في ب: لنا.

(٢) سقط في ط.

قال أبوحنيفة ـ رضي الله عنه: ثماني عشرة سنة في الغُلام، وسبع عَشْرة في الجارية.

وقال أبو يوسف ومحمد والشافعي ـ رحمهم الله ـ: خمس عشرة سنة في الجارية ب والغُلاَم جميعاً/[١].

وجه قولهم: إن المؤثر في الحقيقة هو العقل، وهو الأصل في الباب؛ إذ به قوام الأحكام، وإنما الاحتلام جعل حداً في الشرع لكونه دليلاً على كمال العقل، والاحتلام لا يتأخر عن خمس عشرة سنة عادةً، فإذا لم يحتلم إلى هذه المدة علم أن ذلك لآفة في خلقته، والآفة في الخلقة لا توجب آفة في العقل، فكان العقل قائماً بلا آفة، فوجب اعتباره في لزوم الأحكام.

وقد روي عن ابن[٢] سيدنا عمر رضي الله عنه أنه عرض على رسول الله ﷺ غلام وهو ابن أربع عشرة سنة، فردَّه، وعرض وهو ابن خمس عشرة فأجازه، فقد جعل ﷺ خمس عشرة حدًّا للبلوغ[٣].

ولأبي حنيفة ـ رضي الله عنه ـ: أن الشَّرع لما علق الحكم والخِطَاب بالاحتلام بالدلائل التي ذكرناها، فيجب بناء الحكم عليه ولا يرتفع الحكم عنه ما لم يتيقن بعدمه، ويقع اليأس عن وجوده، وإنما يقع اليأس بهذه المدة، لأن الاحتلام إلى هذه المدة متصور في الجملة، فلا

---

(١) وقد اختلف في تحديده فقيل يقدر بخمسة عشر عاماً في الذكر والأنثى، وهذا هو قول الشافعي، وأحمد، وأبي يوسف، ومحمد بن الحسن من الحنفية، وابن وهب، وابن الماجشون من المالكية.
وقال أبو حنيفة تقدر بسبعة عشر عاماً في الجارية، وبثمانية عشر في الغلام، لأن النماء في الإناث أقوى من النماء في الذكور.
وقال مالك: المعتبر سن لا يبلغها شخص إلا وقد احتلم وخلاصة القول إن المسألة اجتهادية يرجع فيها إلى حكم العادة، وإن كان القول بأن السن المعتبرة هي خمسة عشر عاماً في الذكر والأنثى له ما يرجحه.
فقد ورد عن ابن عمر ـ رضي الله عنهما ـ أنه قال: عرضت على رسول الله ﷺ يوم أحد وأنا ابن أربع عشرة سنة، فردني ولم يرني بلغت. وعرضت عليه يوم الخندق وأنا ابن خمسة عشرة سنة فأجازني.
ولما أخبر بذلك عمر بن عبد العزيز كتب إلى عماله: «ألا تفرضوا إلا لمن بلغ خمس عشرة سنة» رواه الشَّافعيُّ.
فظاهر كلام ابن عمر يدلُّ على أن رسول الله ﷺ رده في الأول، لأنه لم يبلغ بالسن ولا بغيرها، وأجازه في المرة الثانية، لأنه قد بلغ بالسِّنِّ.
وتأويله بأنه أجازه لبلوغه بعلامة أخرى ـ تأويل بعيد، لا يتمشى مع ظاهر الكلام.
ينظر: نظام الحجر لشيخنا سليمان رمضان عثمان.

(٢) سقط في ط.

(٣) تقدم.

يجوز إزالة الحكم الثَّابت بالاحتلام عنه مع الاحتمال، على هذا أصول الشرع، فإن حكم الحيض لما كان لازماً في حق الكبيرة لا يزول بامتداد الطهر ما لم يوجد اليأس، ويجب الانتظار لمدة اليأس؛ لاحتمال عود الحيض، وكذا التفريق في حق العنين لا يثبت ما دام طمع الوصول ثابتاً، بل يؤجل سنة لاحتمال الوصول في فصول السنة، فإذا مضت السنة ووقع اليأس يحكم بالتفريق.

وكذا أمر(١) الله سبحانه وتعالى بإظهار الحجج في حق الكُفَّار والدعاء إلى الإسلام إلى أن يقع اليأس عن قبولهم، فما لم يقع اليأس لا يباح لنا القتال. فكذلك ههنا ما دام الاحتلام يرجى، يجب الانتظار، ولا يأس بعد مدة خمس عشرة إلى هذه المدة، بل هو مرجوٌّ، فلا يقطع الحكم الثَّابت بالاحْتِلاَم عنه مع رجاء وجوده بخلاف ما بعد هذه المدة، فإنه لا يحتمل وجوده بعدها، فلا يجوز اعتباره في زمان اليأس عن وجُوده.

وأما الحديث فلا حجة فيه، لأنه يحتمل أنه أجاز ذلك، لما علم ﷺ أنه احتلم في ذلك الوقت، ويحتمل أيضاً أنه أجاز ذلك لما رآه صالحاً للحرب محتملاً له على سبيل الاعتياد للجهاد، كما أمرنا باعتبار سائر القرب/ في أول أوقات الإمكان والاحتمال لها، فلا يكون حجة مع الاحتمال، وإذا أشكل أمر الغلام المراهق في البلوغ، فقال: قد بلغت، يقبل قوله ويحكم ببلوغه؛ وكذلك الجارية المراهقة؛ لأن الأصل في البلوغ هو الاحتلام على ما بينا، وأنه لا يعرف إلا من جهته، فألزمت الضَّرورة قبول قوله؛ كما في الإخبار عن الطهر والحيض، والله سبحانه وتعالى أعلم. أ

وأما المجنون فلا يزول الحجر عنه إلا بالإفاقة، فإذا أفاق رشيداً أو سفيهاً، فحكمه في ذلك حكم الصبي(٢) وقد ذكرناه.

وأما الرقيق فالحجر يزول عنه بالإعتاق مرة وبالإذن بالتجارة أخرى، إلا أن الإعتاق يزيل الحجر عنه على الإطلاق، والإذن بالتجارة لا يزيل إلا في التصرفات الدائرة بين الضرر والنفع.

وأما السفيه فلا حجر عليه عن التصرف أصلاً عند أبي حنيفة ـ رضي الله عنه ـ، فلا يتصور الزوال.

---

(١) في ب: أمرنا.

(٢) وقد اتفق الفقهاء على أن زوال الحجر بسبب الجنون لا يحتاج إلى حكم من الحاكم، بل يكون بمجرد الإفاقة رشيداً، ولم يخالف في ذلك فيما اطلعت عليه إلا القاضي عبد الوهاب البغدادي من المالكية، وهذا هو نص عبارته قال «ولا ينفك الحجر بحكم أو بغير حكم إلا بحكم من الحاكم، وسواء في ذلك الصبي والمجنون والبالغ والمفلس» وهو قول لم يظهر له لقليل عندي فإن أفعال العقلاء واضحة لا تشتبه بأفعال المجانين، فليس الجنون أمراً مجتهداً فيه حتى يتوقف زوال الحجر به إلى حكم حاكم.

وأما على مذهبهم فزواله عند أبي يوسف بضدِّه، وهوالإطلاق من القاضي؛ فكما لا ينحجر إلا بحجره لا ينطلق إلا بإطلاقه.

وعند محمد والشافعي ـ رحمهما الله ـ: زوال الحجر عى السفيه بظهور رشده، لأن الحجارة كان بسفهه، فانطلاقه يكون بضده وهو رشده(١)، والله سبحانه وتعالى أعلم.

وأما الفصل الثاني: وهو فصل الحبس فالحبس على نوعين: حبس المديون بما عليه من الدين، وحبس العين بالدين.

أما الأول فالكلام فيه في مواضع: في بيان سبب وجوب الحبس وفي بيان شرائط الوجوب وفي بيان ما يمنع عنه المحبوس وما لا يمنع.

أما سبب وجوب الحبس: فهو الدين قل أو كثر.

وأما شرائط الوجوب فأنواع بعضها يرجع إلى الدين، وبعضها يرجع إلى المديون، وبعضها يرجع إلى صاحب الدين.

أما الذي يرجع إلى الدين فهو أن يكون حالاً فلا يحبس في الدين المؤجل، لأن الحبس لدفع الظلم المتحقق بتأخير قضاء الدين، ولم يوجد من المديون لأن صاحب الدين هو الذي أخَّر حق نفسه بالتأجيل، وكذا لا يمنع من السفر قبل حُلُول الأجل، سواء بعد محله أو قرب، لأنه لا يملك مطالبته قبل حلِّ الأجل، ولا يملك منعه، ولكن له أن يخرج معه حتى إذا حل الأجل منعه/ من المضيِّ في سفره إلى أن يوفيه دينه. ب

وأما الذي يرجع إلى المديون: فمنها القدرة على قضاء الدين، حتى لو كان معسراً لا يحبس، لقوله سبحانه وتعالى: ﴿وإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَى مَيْسَرَةٍ﴾ [البقرة: ٢٨٠] ولأن الحبس لدفع الظلم بإيصال حقِّه إليه، ولا ظلم فيه لعدم القدرة، ولأنه إذا لم يقدر على قضاء الدين لا يكون الحبس مفيداً، لأن الحبس شرع للتوسُّلِ إلى قضاء الدين لا لعينه.

ومنها المطل؛ وهو تأخير قَضَاء الدين؛ لقوله ﷺ: **«مَطْلُ الغَنِيِّ ظُلْمٌ»**(٢) فيحبس دفعاً للظلم لقضاء الدَّين بواسطة الحَبْس.

وقوله ﷺ: **«لَيُّ الوَاجِدِ يُحِلُّ عِرْضَهُ وَعُقُوبَتَهُ»**(٣) والحبس عقوبة، وما لم يظهر منه

---

(١) أما الرشد فقال كثير من العلماء: إنه الصلاح في المال، وحسن التصرف فيه، وتثميره، وتنميته.
وذهب الشافعي، وجماعة إلى أن المراد به الصَّلاح في المال والدين.

(٢) تقدم.

(٣) أخرجه أحمد (٤/٣٨٨) وأبو داود (٤/٤٥) كتاب الأقضية: باب الحبس في الدين حديث (٣٦٢٨)=

المطل لا يحبس، لانعدام المطل[١] واللي منه.

ومنها: أن يكون من عليه الدين ممن سوى الوالدين لصاحب الدين، فلا يحبس الوالدون وإن علوا بدين المولودين وإن سفلوا، لقوله تبارك وتعالى: ﴿وَصَاحِبْهُمَا فِي الدُّنْيَا مَعْرُوفاً﴾ [لقمان: ١٥] وقوله تعالى: ﴿وَبِالْوَالِدَيْنِ إِحْسَاناً﴾ [البقرة: ٨٣] وليس من المصاحبة بالمعروف والإحسان حبسهما بالدين، إلا أنه إذا امتنع الوالد من الإنفاق على ولده الذي عليه نفقته، فإن القاضي يحبسه لكن تعزيراً لا حبساً بالدين.

وأما الولد فيحبس بدين الوالد، لأن المانع من الحبس حق الوالدين[٢]، وكذا سائر الأقارب يحبس المديون بدين قريبه كائناً من كان، ويستوي في الحبس الرجل والمرأة، لأن الموجب للحبس لا يختلف بالذكورة والأنوثة، ويحبس ولي الصغير إذا كان ممَّن يجوز له قضاء دينه، لأنه إذا كان الظلم بسبيل من قضاء دينه صار بالتَّأخير ظالماً، فيحبس ليقضي الدين فيندفع الظلم.

وأما الذي يرجع إلى صاحب الدين فطلب الحبس من القاضي، فما لم يطلب لا يحبس، لأن الدين حقه، والحبس وسيلة إلى حقه، ووسيلة حق الإنسان حقه، وحق المرء إنما يطلب بطلبه، فلا بد من الطلب للحبس.

وإذا عرف سبب وجوب الدين وشرائطه، فإن ثبت عند القاضي السَّبب مع شرائطه بالحجة، حَبَسه لتحقق الظلم عنده بتأخير حقِّه/ من غير ضرورة، والقاضي نصب لدفع الظلم فيندفع الظلم عنه.

= والنسائي (٧/ ٣١٦) كتاب البيوع: باب مطل الغني وابن ماجه (٢/ ٨١١) كتاب الصدقات: باب الحبس في الدين والملازمة حديث (٢٤٢٧) والبخاري في «التاريخ الكبير» (٤/ ٢٦٠) وابن أبي شيبة (٧/ ٧٩) وابن حبان (١١٦٤ ـ موارد) والطحاوي في «مشكل الآثار» (١/ ٤١٣) والحاكم (٤/ ١٠٢) والبيهقي (٦/ ٥١) كتاب التفليس: باب حبس من عليه الدين والطبراني في «الكبير» (٧/ ٣١٨) رقم (٧٢٤٩، ٧٢٥٠) كلهم من طريق وبر بن أبي دليلة ثنا محمد بن ميمون بن مسيكة عن عمرو بن الشريد عن أبيه عن رسول الله ﷺ قال: «لي الواجد يحل عرضه وعقوبته».
وقال الحاكم: صحيح الإسناد ولم يخرجاه ووافقه الذهبي وصححه ابن حبان.
والحديث ذكره البخاري تعليقاً (٥/ ٧٥) كتاب الاستقراض: باب لصاحب الحق مقال.
قال الحافظ في الفتح (٥/ ٧٦): والحديث المذكور وصله أحمد وإسحاق في مسنديهما وأبو داود والنسائي من حديث عمرو بن الشريد بن أوس الثقفي عن أبيه بلفظه وإسناده حسن.
وذكر الطبراني أنه لا يروى إلا بهذا الإسناد.

(١) في ب: الظلم.
(٢) في ب: الوالد.

وإن اشتبه على القاضي حاله في يساره وإعساره، ولم يقم عنده حجّة على أحدهما، وطلب الغرماء حبسه ـ فإنه يحبسه ليتعرَّف عن حاله أنه فقير أم غني، فإن علم أنه غني حبسه إلى أن يقضي الدين؛ لأنه ظهر ظلمه بالتأخير، وإن علم أنه فقير خلى سبيله، لأنه ظهر أنه لا يستوجب الحَبْس فيطلقه، ولكن لا يمنع الغُرَمَاء [عن] ملازمته عند أصْحَابنا الثلاثة ـ رضي الله عنهم ـ، إلا إذا قضى القاضي بالإنظار، لاحتمال أن يرزقه الله سُبْحَانه وتعالى مالاً؛ إذ المال غاد ورائح وعند زفر ـ رحمه الله ـ: لا يلازمونه، لقوله تبارك وتعالى: ﴿وإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلىٰ مَيْسِرَةٍ﴾ [البقرة: ٢٨] ذكر النظرة بخلاف الفاء، فثبت من غير قضاء القاضي.

ولنا: أن النظرة هي التأخير، فلا بد وأن يؤخر، وهو أن يؤخره القاضي أو صاحب الحق ولا يمنعونه من التصرف ولا من السَّفر، فإذا اكتسب يأخُذُون فضل كَسْبه فيقتسمونه بينهم بالحِصَص، وإذا مضى على حَبْسه شهر أو شهران أو ثلاثة، ولم ينكشف حاله في اليسار والإعسار ـ خلى سبيله، لأن هذا الحَبْس كان لاستبراء حاله وإبلاء عذره، والثلاثة الأشهر مدة صَالِحة لاشتهار الحال وإبلاء العذر فيطلقه، لكن الغرماء لا يمنعون من ملاَزَمته فيلازمونه، لكن لا يمنعونه من التصرُّف والسفر على ما ذكرنا.

ولو اختلفا في اليسار والإعسار، فقال الطالب: هو موسر، وقال المطلوب: أنا معسر؛ فإن قامت لأحدهما بينة قبلت بينته، وإن أقاما جميعاً البينة، فالبينة بينة الطالب؛ لأنها تثبت زيادة وهي اليسار.

وإن لم يقم لهما بينة، فقد ذكر محمد في الكفالة والنكاح والزيادات: أنه ينظر إن ثبت الدين بمعاقدة كالبيع والنكاح والكفالة، والصلح عن دم العمد، والصلح عن المال، والخلع؛ أو ثبت تبعاً فيما هو معاقدة؛ كالنفقة في باب النكاح ـ فالقول قول الطّالب، وكذا في الغصب والزكاة، وإن ثبت الدين بغير ذلك كإحراق الثوب أو القتل الذي لا يوجب القصاص/ ، ويوجب المال في مال الجاني، وفي الخطأ ـ فالقول قول المطْلُوب. ب

وذكر الخصاف ـ رحمه الله ـ في «آداب القاضي»: أنه إن وجب الدين عوضاً عن مال سالم للمشتري نحو ثمن المبيع الذي سلم له البيع. والقرض والغصب والسلم الذي أخذ المسلم إليه رأس[1] المال ـ فالقول قول الطالب، وكل دين ليس له عِوَض أصلاً، كإحراق الثوب، أو له عوض ليس بمال، كالمهر وبدل الخلع وبدل الصلح عن دم العمد والكفالة فالقول قول المطلوب.

(١) في ب: برأس.

واختلف المشايخ فيه:

قال بعضهم: القول قول المطلوب على كل حال، ولا يحبس، لأن الفقر أصل في بني آدم والغنى عارض، فكان الظَّاهر شاهداً للمطلوب، فكان القول قوله مع يمينه.

وقال بعضهم: القول قول الطَّالب على كل حالٍ؛ لقوله ﷺ: **«لِصَاحِبِ الحَقِّ اليَدُ وَاللِّسَانُ»**[1].

وقال بعضهم: يحكم زيه إذا كان زيه زي الأغنياء، فالقول قول الطالب، وإن كان زيه زي الفُقَراء، فالقول قول المطْلُوب.

وعن الفقيه أبي جعفر الهندواني ـ رحمه الله ـ: إنه يحكم زيه، فيؤخذ بحكمه في الفقر والغنى إلا إذا كان المطْلُوب من الفُقَهاء أو العلوية أو الإشراف، لأن من عاداتهم التكلف في اللباس والتجمل بدون الغنى فيكون القول قول المديون أنه معسر وجه ما ذكره الخصاف ـ رحمه الله ـ أن القول في الشَّرع قول من يشْهَد له الظاهر، وإذا وجب الدين بدلاً عن مال سلم له، كان الظاهر شاهداً للطالب، لأنه ثبتت قدرة المطلوب بسلامة المال؛ وكذا في الزكاة لأنها[2] لا تجب إلا على الغني، فكان الظاهر شاهداً للطالب.

وجه قول محمد ـ رحمه الله ـ وهو ظاهر الرواية: أن الظَّاهر شاهد للطَّالب فيما ذكرنا

---

(١) روى الدارقطني في سننه (٤/ ٢٣٢) في كتاب الأقضية والأحكام ثنا أبو علي الصفار ثنا عباس بن محمد ثنا أبو عاصم ثنا ثور بن يزيد عن مكحول قال: قال رسول الله ﷺ: «إن لصاحب الحق اليد واللسان».
قال الزيلعي في نصب الراية (٤/ ١٦٦).
«وهو مرسل ورواه ابن عدي في «الكامل» عن محمد بن معاوية أبي معاوية النيسابوري ثنا بقية عن محمد بن زياد عن أبي عتبة الخولاني.
قال: قال رسول الله ﷺ: «لصاحب الحق اليد واللسان» وله شاهد من حديث أبي هريرة.
رواه البخاري (٥/ ٣٤٢) كتاب الاستقراض وآداء الديون، باب لصاحب الحق مقال الحديث (٢٤٠١).
من طريق أبي مسلمة عن أبي هريرة رضي الله عنه: أتى النبي ﷺ رجل يتقاضاه فأغلظ له فهم به أصحابه فقال: «دعوه فإن لصاحب الحق مقالاً».
والحديث رواه مسلم (٦/ ٤١) كتاب المساقاة، باب من استسلف شيئاً فقضى خيراً منه الحديث (١٦٠١).
والترمذي (٣/ ٥٩٩) كتاب البيوع، باب ٧٥ الحديث (١٣١٧) والنسائي (٧/ ٢٩١) كتاب البيوع، باب استسلاف الحيوان واستقراضه وليس فيه العبارة موضع الشاهد وابن ماجه (٢/ ٨٠٩) كتاب الصدقات، باب حسن القضاء الحديث (٢٤٢٣) وليس فيه أيضاً موضع الشاهد كلهم رووه من طريق أبي سلمة عن أبي هريرة مرفوعاً.

(٢) في ط: أنها.

أيضاً من طريق الدلالة، وهو إقدامه على المعاقدة، فإن الإقدام على التزوج[١] دليل القُدْرة، إذ الظاهر أن الإنسان لا يتزوج حتى يكون له شيء، ولا يتزوج أيضاً حتى يكون له قُدْرَة على المهر، وكذا الإقدام على الخُلْع، لأن المرأة لا تخالع عادةً حتى يكون عندها شيء، وكذا الصُّلح لا يقدم الإنسان عليه إلا عند القَدْرَة، فكان الظَّاهر شاهداً للطالب في هذه المواضع، فكان القول قوله/ ، والله تعالى أعلم. أ

فصل فيما يمنع المحبوس عنه وما لا يمنع

وأما بيان ما يمنع المحبوس عنه، وما لا يمنع: فالمحبوس ممنوع عن الخروج إلى أشغاله ومهمَّاته، وإلى الجُمَع والجماعات، والأعياد، وتشييع الجنائز، وعيادة المرضى، والزِّيارة والضِّيافة؛ لأن الحبس للتوسُّل إلى قضاء الدين، فإذا منع عن أشغاله ومهماته الدينية والدنيوية تضجَّر، فيسارع إلى قضاء الدين، ولا يمنع من دخول أقاربه عليه، لأن ذلك لا يخلُّ بما وضع له الحبس، بل قد يقع وسيلة إليه، ولا يمنع من التصرُّفات الشرعيَّة، من البيع والشراء والهبة والصدقة والإقرار لغيرهم من الغرماء، حتى لو فعل شيئاً من ذلك نفذ، ولم يكن للغرماء ولاية الإبطال، لأن الحبس لا يوجب بطلان أهلية التصرفات.

ولو طلب الغُرَمَاء الذين حبس لأجلهم من القَاضِي أن يحجر على المحْبُوس من الإقرار والهبة والصَّدقة وغيرها ـ لم يجبهم إلى ذلك عند أبي حنيفة ـ رحمه الله ـ، وعندهما: له أن يجيبهم إليه.

وكذا إذا طلبوا من القاضي بيع ماله عليه، ممَّا سِوَى الدَّراهم والدنانير، من المنقول والعقار ـ له أن يجيبهم إليه عندهما.

وأما عند أبي حنيفة ـ رحمه الله ـ: فلا يجيبهم إلى ذلك، وهي مسألة الحجر، لكن إذا كان دينه دَرَاهم وعنده دراهم؛ فإن القاضي يقضي بها دينه، لأنها من جنس حقه، وإن كان دينه دراهم وعنده دنانير ـ باعها القَاضِي الدَّراهم وقضى بها دينه، وكذا إذا كان دينه دنانير وعنده دراهم ـ باعها القاضي بالدنانير وقضى بها دينه، فرق بين الدنانير والدراهم وبين سائر الأموال، إنه يبيع أحدهما بالآخر لقضاء الدين، ولا يبيع سائر الأموال.

ووجه الفرق: أن الدراهم والدنانير من جنس، واحد من وجه، بدليل أنه يكمل نِصَاب أحدهما بالآخر في باب الزكاة، والمؤدي عن أحدهما كان مؤدياً عن الآخر عند الهلاك، فكان بينهما مجانَسَة من وجه، فصار[٢] كل واحد منهما كعَيْن الآخر حكماً، وليس بين العروض

---

(١) في ب: التزويج.

(٢) في ب: فكان.

وبين الدَّراهم والدَّنانير مجانسة بوجه، فلا يملك التصرُّف على المحبُوس بيعهما بها، ولأن العروض إذا بيعت لقضاء الدين فإنها لا تشترى مثل ما تشترى في سائر/ الأوقات، بل دون ذلك، وفيه ضرر به، ولا ضرر في الدراهم والدنانير، لأنها لا تتفاوت، وهذا بخلاف ما بعد الموت أن القاضي يبيع جميع ماله لقضاء دينه، لأن بيع القاضي ليس تصرُّفاً على الميت لبطلان أهليته بالموت، ولأنه رضي بذلك في آخر جزء من أجزاء حياته. ب

هذا هو الظاهر، لأن قضاء الديون من حوائجه الأصلية، فكان راضياً بقضاء الدين من أي مال كان، تخليصاً لنفسه عن عُهْدة الدين عندما سده عن حياته، والله سبحانه وتعالى أعلم.

ويتفق المحبوس على نفسه وعياله وأقاربه، ولا يمنع من ذلك ولا عن شيء من التصرفات الشرعية، والله سبحانه وتعالى أعلم.

فصل في حبس العين بالدين

وأما حبس العين بالدين: فالمحبوس بالدين في الأصل على نوعين: محبوس هو مضمون، ومحبوس هو أمانة:

والمضمون على نوعين أيضاً: مضمون بالثمن، ومضمون بالقيمة.

فالمضمون بالثمن كالمبيع في يد البائع، حتى لو هلك سقط الثمن، لأنه لو بقي لطالبه البائع به، فيطالبه المشتري بتَسْليم المبيع، لأن البيع تمليك بإزاء تمليك، وتسليم بإزاء تسليم، وهو عاجز عن التسليم، لهلاك المبيع، (فلا يملك)[1] مطالبته، فلا يملك البائع مطالبته بالثمن، فيسقط ضرُورة عدم الفائدة في البقاء، ولأن المبيع في يد البائع لا يكون أدنى حالاً من المقبُوض على سوم الشراء، وذلك مضْمُون فهذا أولى، إلا أن ذلك مضمون بالقيمة وهذا بالثمن، لوجود التَّسمية الصَّحيحة هٰهنا، وانعدام التَّسمية هناك أصلاً.

وأما الوكيل بالشِّراء إذا أدى الثمن من مال نفسه، فحبس السلعة لاستيفاء الثمن من الموكل فهلك، فإن كان قبل الطَّلب يهلك أمانة عند أصحابنا ـ رحمهم الله ـ الثلاثة.

وعند زفر ـ رحمه الله ـ: يهلك مضموناً ولو كان بعد الطلب يهلك مضموناً، لكن ضمان المبيع عند أبي حنيفة ومحمد، وعند أبي يوسف ضمان الرهن، وعند زفر ـ رحمه الله ـ: ضمان الغصب، وقد ذكرنا المسألة في كتاب الوكالة.

وأما المضمون بالقيمة: فكالمبيع بيعاً فاسداً إذا لم يكن من ذوات الأمثال، إذا فسخ

---

(١) في ب: فيهلك.

البائع البيع والمبيع في يد المشتري، فحبسه ليرد البائع الثمن عليه فهلك في يده - يهلك بقيمته ويتقاضان ويترادّان الفضل.

وكذا المرهون مضمون عندنا، لكن بالأقل من قيمته ومن الدين. وعند الشافعي - رحمه الله تعالى -: ليس بمضمون أصلاً، وهي مسألة/ كتاب الرهن.

وأما المحبوس الذي هو أمانة فنحو نماء الرَّهن، فإنه محبوس بالدين، لكنه أمانة في يد المرتهن، حتى لو هلك لا يسقط شيء من الدين.

وكذا المستأجر دابة إجارة فاسدة، إذا كان عجل الأجرة فحبسها لاستيفاء الأجرة المعجلة، حتى هلكت في يده تهلك أمانة، والله أعلم.

كتاب الإكراه

الكلام في هذا الكتاب في مواضع:

في بيان معنى الإكراه لغة وشرعاً، وفي بيان أنواع الإكراه وفي بيان شرائط الإكراه وفي بيان حكم ما يقع عليه الإكراه إذا أتى به المكره، وفي بيان ما عدل المكره إلى غير ما وقع عليه الإكراه، أو زاد على ما وقع عليه الإكراه أو نقص عنه.

أما الأول فالإكراه في اللغة عبارة عن إثبات الكره، والكره معنى قائم بالمكره ينافي المحبَّة والرضا، ولهذا يستعمل كل/ واحد منهما مقابل الآخر، قال الله سبحانه وتعالى: ﴿وَعَسَىٰ أَنْ تَكْرَهُوا شَيْئاً وَهُوَ خَيْرٌ لَكُمْ وَعَسَىٰ أَنْ تُحِبُّوا شَيْئاً وَهُوَ شَرٌّ لَكُمْ﴾ [البقرة: ٢١٦] ولهذا قال أهل السنة: إن الله تبارك وتعالى يكره الكفر والمعاصي، أي لا يحبها ولا يرضى بها، وإن كانت الطاعات والمعاصي بإرادة الله عز وجل. ٩/٣

وفي الشرع: عبارة عن الدعاء إلى الفعل بالإيعاد والتهديد، مع وجود شرائطها التي تذكرها في مواضعها إن شاء الله تعالى.

فصل

وأما بيان أنواع الإكْرَاه فنقول: إنه نوعان: نوع يوجب الإلجاء والاضطرار طبعاً، كالقتل والقطع والضرب الذي يخاف فيه تلف النفس أو العضو، قلَّ الضرب أو كثُر، ومنهم من قدره بعدد ضربات الحد وأنه غير سديد، لأن المعول عليه تحقق الضَّرورة، فإذا تحققت فلا معنى لصُورة العدد، وهذا النوع الإكراه[1] يسمى إكراهاً تامًا، ونوع لا يوجب الإلجاء والاضطرار، وهو الحبس والقيد والضرب الذي لا يخاف منه التَّلف، وليس فيه تقدير لازم سوى أن يلحقه منه الاغتمام البين من هذه الأشياء، أعني الحبس والقيد والضَّرب، وهذا النوع من الإكراه يسمى إكراهاً ناقصاً.

---

(١) سقط في ط.

فصل في شرائط الإكراه

وأما شرائط الإكراه فنوعان: نوع يرجع إلى المُكْرِه، ونوع يرجع إلى المُكْرَه.

أما الذي يرجع إلى المكره فهو أن يكون قادراً على تحقيق ما أوْعَد؛ لأن الضرورة لا تتحقق إلا عند القُدْرَة، وعلى هذا قال أبو حنيفة ـ رضي الله عنه ـ: إن الإكراه لا يتحقق إلا من السلطان.

وقال أبو يوسف ومحمد ـ رحمهما الله ـ: إنه يتحقَّق من السلطان وغيره.

وجه قولهما: إن الإكراه ليس إلا إيعادٌ بإلحاق المكْرُوه، وهذا يتحقَّق من كل مسلط، وأبو حنيفة ـ رضي الله عنه ـ يقول: غير السلطان لا يقدر على تحقيق ما أوعد، لأن المكره يستغيث بالسُّلطان فيغيثه، فإذا كان المكره هو السلطان فلا يجد غوثاً.

وقيل: إنه لا خلاف بينهم في المعنى، إنما هو خلاف زمان، ففي زمن أبي حنيفة ـ رضي الله عنه ـ لم يكن لغير السلطان قدرة الإكراه، ثم تغير الحال في زمانهما فغير الفتوى على حسب الحال والله أعلم.

فأما البلوغ فليس بشرط لتحقُّق الإكراه، حتى يتحقَّق من الصبي العاقل إذا كان مطاعاً مسلطاً، وكذلك العقل والتمييز المطلق ليس بشَرْط، فيتحقق الإكراه من البالغ المختلط العَقْل بعد أن كان مطاعاً مسلطاً.

وأما النوع الذي يرجع إلى المكره: فهو أن يقع في غالب ـ رأيه وأكثر ظنه ـ أنه لو لم يجب إلى ما دعي إليه تحقق ما أوعد به، لأن غالب الرأي حجة، خصوصاً عند تعذُّر الوصول إلى اليقين[١]، حتى إنه لو كان في أكثر رأي المكره أو المكره لا يحقق ما أوعده لا يثبت حكم الإكراه شرعاً، وإن وجد صورة الإيعاد؛ لأن الضرورة لم تتحقَّق، ومثله[٢] لو أمره بفعل ولم يوعده عليه، ولكن في أكثر[٣] رأي المكره أنه لو لم يفعل، تحقق ما أوعد يثبت حكم الإكراه، لتحقق الضرورة؛ ولهذا أنه لو كان في أكثر رأيه أنه لو امتنع عن تناول المَيْتَة، وصبر إلى أن يلحقه الجُوع المهلك ـ لأزيل عنه الإكراه لا يباح له أن يعجل بتناولها، وإن كان في أكثر رأيه أنه وإن صبر إلى تلك الحالة ـ لما أزيل عنه الإكراه يباح أن يتناولها للحال؛ دل أن العبرة لغالب الرَّأي، وأكثر الظَّن دون صورة الإِيعَاد، والله سبحانه وتعالى أعلم.

---

(١) في ط التعين. (٢) في أ: وبمثله. (٣) في أ: أكبر.

فصل فيما يقع عليه الإكراه

وأما بيان ما يقع عليه الإكراه فنقول وبالله التوفيق. ما يقع عليه الإكراه في الأصل نوعان: حسّي وشرعي، وكل واحد منهما على ضَرْبَين معين ومخير فيه.

أما الحسّي المعين في كونه مكرهاً عليه: فالأكل، والشرب، والشم، والكفر، والإتلاف، والقطع عيناً.

وأما الشَّرعي: فالطَّلاق، والعتاق، والتَّدبير، والنكاح، والرجعة، واليمين، والنذر والظهار، والإيلاء، والفيء في الإيلاء، والبيع، والشراء، والهبة والإجارة، والإبراء عن الحقوق، والكَفَالة بالنَّفس، وتسليم الشفعة[1]، وترك طلبها ونحوهَا، والله أعلم.

فصل د في حكم ما يقع عليه الإكراه

وأما بيان حكم ما يقع عليه الإكراه فنقول وبالله التوفيق. أما التصرُّفات الحسيَّة فيتعلق بها حكمان: أحدهما: يرجع إلى الآخرة.

والثاني: يرجع إلى الدنيا أما الذي يرجع إلى / الآخرة فنقول وبالله التوفيق. التصرفات الحسية التي يقع عليها الإكراه في حق أحكام الآخرة ثلاثة أنواع: نوع هو مباح، ونوع هو مرخص، ونوع هو حرام ليس بمباح ولا مرخص. ٣/ ٢٣٠أ

أما النوع الذي هو مباح: فأكل الميتة والدم ولحم الخنزير وشرب الخمر، إذا كان الإكراه تامًا، بأن كان بوعيد تلف، لأن هذه الأشياء مما تباح عند الاضطرار، قال الله تبارك وتعالى: ﴿إِلاَّ ما اضْطُرِرْتُمْ إِلَيْهِ﴾ [الأنعام: ١١٩] أي: دعتكم شدة المجاعة إلى أكلها، والاستثناء من التحريم إباحة، وقد تحقَّق الاضطرار بالإكراه، فيباح له التناول بل لا يباح له الامتناع عنه، ولو امتنع عنه حتى قتل يؤاخذ به، كما في حالة المخمصة، لأنه بالامتناع عنه صار ملقياً نفسه في التَّهلكة، والله سبحانه وتعالى نهى عن ذلك بقوله تعالى: ﴿وَلاَ تُلْقُوا بِأَيْدِيكُمْ إِلَى التَّهْلُكَةِ﴾ [البقرة: ١٩٥] وإن كان الإكراه ناقصاً، لا يحل له الإقدام عليه ولا يرخص أيضاً؛ لأنه لا يفعله للضرورة، بل لدفع الغم عن نفسه، فكان الحرمة بحكمها قائمة.

وكذلك لو كان الإكراه بالإجاعة، بأن قال: لتفعلن كذا وإلا لأجيعنَّك ـ لا يحلُّ له أن يفعل حتى يجيئه من الجوع ما يخاف منه تلف النفس أو العضو، لأن الضَّرورة لا تتحقَّق إلا في تلك الحالة، والله تعالى أعلم.

---

(١) في أ: السلعة.

وأما النوع الذي هو مرخَّص: فهو إجراء كلمة الكُفْر على اللِّسان، مع اطمئنان القلب بالإيمان، إذا كان الإكراه تامًّا، وهو محرَّم في نفسه مع ثبوت الرُّخْصة، فأثر الرخصة في تغير حكم الفعل وهو المؤَاخَذة لا في تَغَيُّر وصفه وهو الحُرْمة، لأن كلمة الكُفْر مما لا يحتمل الإباحة بحال، فكانت الحُرْمَة قائمة، إلا أنه سقطت المؤاخذة لعذر الإكراه، قال الله تبارك وتعالى: ﴿مَنْ كَفَرَ بِاللهِ مِنْ بَعْدِ إِيمَانِهِ إِلاَّ مَنْ أُكْرِهَ وَقَلْبُهُ مُطْمَئِنٌّ بِالإِيمَانِ وَلَكِنْ مَنْ شَرَحَ بِالكُفْرِ صَدْراً فَعَلَيْهِمْ غَضَبٌ مِنَ اللهِ وَلَهُمْ عَذَابٌ عَظِيمٌ﴾ [النحل: ١٠٦] إلا من أكره وقلبه مُطْمئن بالإيمان، على التقديم والتأخير في الكلام، والله سبحانه وتعالى أعلم.

والامتناع عنه أفضَل من الإقدام عليه، حتى لو امتنع فقتل كان مأجوراً، لأنه جاد بنفسه في سبيل الله تعالى، فيرجو أن يكون له ثَوَابِ المُجَاهِدِين بالنفس [هنا](١)، وقال عليه الصلاة والسلام: «**مَنْ قُتِلَ مُجْبَراً فِي نَفْسِهِ، فَهُوَ فِي ظِلِّ العَرْشِ يَوْمَ القِيَامَةِ**»(٢) وكذلك التكلُّم بشتم النبي ـ عليه السلام ـ مع اطمئنان القلب بالإيمان.

والأصل فيه: ما روي أن عمار بن ياسر ـ رضي الله عنهما ـ لما أكرهه الكُفَّار ورجع إلى رسول الله ﷺ، فَقَالَ لَهُ: «**مَا وَرَاءَكَ يَا عَمَّارُ؟**» فَقَالَ: شَرٌّ يَا رَسُولَ الله مَا تَرَكُونِي حَتَّىٰ نِلْتُ مِنْكَ! فَقَالَ رَسُولُ الله ﷺ: «**إِنْ عَادُوا فَعُدْ**»(٣) فقد رخَّص ـ عليه الصلاة والسلام ـ في إتيان الكلمة بشريطة اطمئنان القلب بالإيمان، حيث أمره ـ عليه الصلاة والسلام ـ بالعود إلى ما وجد منه، لكن الامتناع [عنه](٤) أفضل لما مر.

ومن هذا النوع شتم المسلم، لأن عرض المسلم حرام التعرُّض في كل حال؛ قال النبي ـ عليه الصلاة والسلام ـ: «**كُلُّ المُسْلِمْ عَلَى المُسْلِمِ حَرَامٌ دَمُهُ وَعِرْضُهُ وَمَالُهُ**» إلا أنه رخَّص له لعذر الإكراه، وأثر الرخصة في سقوط المؤاخذة دون الحُرْمة؛ والامتناع عنه حفظاً لحرمة

---

(١) سقط في أ.

(٢) لم أجده بهذا اللفظ.

(٣) رواه الطبري في تفسيره (٧/ ٦٥١) رقم (٢١٩٤٦) وابن سعد في الطبقات (٣/ ١٨٩) والحاكم (٢/ ٣٥٧) والبيهقي في سننه الكبرى (٨/ ٢٠٨ ـ ٢٠٩) كتاب المرتد، باب المكره على الردة كلهم من طريق أبي عبيدة بن محمد بن عمار عن أبيه قال أخذ المشركون عمار بن ياسر فلم يتركوه حتى سب النبي ﷺ وذكر آلهتهم بخير ثم تركوه فلما أتى رسول الله ﷺ قال ما وراءك شيء؟ قال: شر ما تركت حتى نلت منك وذكرت آلهتهم بخير قال: كيف تجد قلبك قال مطمئن بالإيمان قال: إن عادوا فعد فنزلت «إلا من أكره وقلبه مطمئن بالإيمان» وذكره السيوطي في الدر (٤/ ١٣٢) وعزاه إلى عبد الرزاق وابن أبي حاتم وابنه ورواه أيضاً ابن جرير (٧/ ٦٥١) والواحدي في أسباب النزول رقم (٥٦٧) من حديث ابن عباس نحوه وذكره السيوطي في الدر (٤/ ١٣٢) لابن المنذر وابن أبي حاتم وابن مردويه.

(٤) سقط في ط.

المسلم وإيثاراً له على نَفْسِه أفضل، ومن هذا النَّوع إتلاف مال المسلم؛ لأن حرمة مال المُسْلم حرمة دَمِه على لسان رسول الله ﷺ، فلا يحتمل السُّقوط بحال، إلا أنه رخَّص له الإتلاف لعذر الإكراه حال المخْمَصة على ما نذكر.

ولو امتنع حتى قتل، لا يأثم بل يُثَاب، لأن الحرمة قائمة، فهو بالامْتِنَاع قضى حق الحرمة، فكان مأجوراً لا مأزوراً وكذلك إتلاف مال نفسه مرخّص بالإكراه، لكن مع قيام الحُرْمة، حتى إنه لو امتنع فقتل لا يأْثم بل يثاب، لأن حرمة مَالِه لا تسْقُط بالإِكْرَاه ألا ترى أنه أبيح له الدفع، قَالَ النَّبيُّ ـ عليه السلام ـ: «**قَاتِلْ دُونَ مَالِكَ**»[1] وكذا من أصابته المخْمَصة

---

(١) عزاه الزيلعي في نصب الراية (٤/٣٤٨ ـ ٣٤٩) إلى البخاري في تاريخه الأوسط في ترجمة فهد بن مطرف الغفاري فقال: قال لي إسماعيل بن أبي أويس: حدثني وهب عن يحيى بن عبد الله بن سالم عن عمرو بن أبي عمرو مولى المطلب عن فهيد بن مطرف عن أبي هريرة قال: أتى رجل النبي ﷺ فقال: يا رسول الله أرأيت إن أراد أحد أن يأخذ مالي! قال: أنشده الله والإسلام ثلاثاً قال: قد فعلت قال: قاتل دون مالك قال: فإن قتلت؟ قال في الجنة قال فإن قتلته؟ قال: في النار.
أخرجه البخاري (٥/١٤٧) كتاب المظالم: باب «من قاتل دون ماله» رقم (٢٤٨٠)، ومسلم (١/ ٤١٥ ـ الأبي) كتاب «الإيمان»: باب «الدليل على أن من قصد أخذ مال غيره بغير حق كان القاصد مهدر الدم في حقه، وإن قتل كان في النار، وأن من قتل دون ماله فهو شهيد» رقم (٢٢٦/ ١٤١)، وأبو داود (٢/ ٦٦٠) كتاب «السنة»: باب «في قتال الخوارج» رقم (٤٧٧١)، والترمذي (٤/ ٢٩) كتاب «الديات»: باب «ما جاء فيمن قتل دون ماله فهو شهيد» رقم (١٤١٩)، والنسائي (٧/ ١١٤ ـ ١١٥) كتاب «تحريم الدم»: باب «من قتل دون ماله» رقم (٤٠٨٤، ٤٠٨٩) إلا إن أحدى الروايات جاءت بلفظ «من قتل دون ماله مظلوماً فله الجنة»، وأحمد (٢/ ١٦٣ ـ ١٩٣ ـ ٢٠٦ ـ ٢٠٩ ـ ٢١٠ ـ ٢١٥ ـ ٢١٦ ـ ٢١٧) قال الترمذي: «حديث حسن وماله»، وأبو يعلى (٢/ ٢٤٩) رقم (٣ ـ ٩٥٠)، وابن حبان (٧/ ٤٦٧) كتاب «الجنائز»: «فضل الشهيد» رقم (٣١٩٤).
قال الترمذي: هذا حديث حسن صحيح.
ومن طريق بريدة بن الحصيب.
أخرجه النسائي (٧/ ١١٦) كتاب «تحريم الدم»: باب «من قتل دون ماله» رقم (٤٠٩٢) وأما من طريق جابر بن عبد الله ـ رضي الله عنه ـ:
أخرجه أبو يعلى (٤/ ٥٠) رقم (٢٩٦/ ٢٠٦١) قال الهيثمي في «مجمع الزوائد» (٦/ ٢٤٧): رواه أبو يعلى، وفيه هارون بن حيان الرقي قيل كان يضعف الحديث.
وأما من طريق الحسين بن علي ـ رضي الله عنه ـ:
أخرجه أحمد (١/ ٧٨، ٧٩).
قال الهيثمي في «مجمع الزوائد» (٦/ ٢٤٧).
رواه أحمد وإسناده صحيح.
وفي الباب عن عبد الله بن عمر ـ رضي الله عنه ـ
أخرجه ابن ماجه (٢/ ٨٦١) كتاب «الحدود»: وفي الباب عن سعيد بن زيد، وبريدة بن الحصيب، وجابر بن عبد الله، والحسين بن علي وغيرهم.

=

فسأل صَاحِبه الطَّعام، فمنعه فامتنع من التَّناول حتى مات - أنه لا يأثم، لما ذكرنا أنه بالامتناع راعى حق الحرمة.

٣/ ٢٣٠ب هذا إذا كان الإكراه تامًا؛ فإن كان ناقصاً / من الحبس والقيد والضرب الذي لا يخاف منه تلف النَّفس والعضو - لا يرخص له أصلاً ويحكم بكفره، وإن قال: كان قلبي مطمئناً بالإيمان، فلا يصدق في الحُكْم على ما نذكر.

ويأثم بشتم المسلم وإتلاف ماله، لأن الضَّرورة لم تتحقق، وكذا إذا[١] كان الإكراه تامًا، ولكن في أكبر رأي المكره أن المكره لا يحقِّق ما أوعده لا يرخص له الفِعْل أصلاً، ولو فعل يأثم، لانعدام تحقُّق الضَّرورة، لانعدام الإكراه شرعاً، والله سبحانه وتعالى أعلم.

وأما النَّوع الذي لا يباح ولا يرخَّص بالإكراه أصلاً فهو قتل المُسْلم بغير حق، سواء كان الإكراه ناقصاً أو تامًا؛ لأن قتل المسلم بغير حق [مما][٢] لا يحتمل الإباحة بحال؛ قال الله تبارك وتعالى: ﴿وَلاَ تَقْتُلُوا النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ الله إِلاَّ بِالحَقِّ﴾ [الأنعام: ١٥١] وكذا قطع عضو من

= أما من طريق سعيد بن زيد:

أخرجه أبو داود (٢/ ٦٦٠) كتاب السنة باب «في قتال الخوارج» رقم (٤٧٧٢)، والترمذي (٤/ ٣٠) كتاب «الديات»: باب «ما جاء فيمن قتل دون ماله فهو شهيد» رقم (١٤٢١)، والنسائي (٧/ ١١٥) كتاب «تحريم الدم»: باب «من قتل دون ماله» رقم (٤٠٩٠ - ٤٠٩١) وابن ماجه (٢/ ٨٦١) كتاب «الحدود»: باب «من قتل دون ماله فهو شهيد» رقم (٢٥٨٠)، وأحمد (١/ ١٦٦ - ١٨٨ - ١٨٩ - ١٩٠)، والحميدي (١/ ٤٤، ٤٥) رقم (٨٣)، والبيهقي (٣/ ٢٦٦) كتاب «صلاة الخوف»: باب «من له أن يصلي صلاة الخوف»، (٨/ ٣٣٥) كتاب «الأشربة والحد فيها»: باب «ما جاء في منع الرجل نفسه وماله»: باب «من قتل دون ماله فهو شهيد» ١٩٦٦ رقم (٢٥٨١) بلفظ «من أتى عند ماله، فقوتل فقاتل، فقتل، فهو شهيد».

قال البوصيري في «الزوائد» (٢/ ٣١٤): هذا إسناد ضعيف، يزيد بن سنان التيمي أبو فروة الرهاوي ضعفه أحمد، وابن معين، وابن المديني، وأبو حاتم، وأبو داود، والنسائي، ويعقوب بن سفيان، والعقيلي، والدارقطني، وغيرهم.

وفي الباب عن عبد الله بن مسعود:

أخرجه أبو نعيم في «حلية الأولياء» (٥/ ٢٣)، والبزار (٢/ ٣٦٤) رقم(١٨٦١) قال الهيثمي في «مجمع الزوائد» (٦/ ٢٤٧): رواه الطبراني وفيه عبيد بن محمد المحاربي وهو ضعيف وفي الباب عن عبد الله بن عامر وعبد الله بن الزبير - رضي الله عنهما -: أخرجه الحاكم (٣/ ٦٣٩).

قال الهيثمي في «مجمع الزوائد» (٦/ ٢٤٨): رواه عنهما الطبراني في الأوسط ١٩٦٧ ورواه في الكبير عن ابن الزبير وحده، وكذلك رواه البزار وفيه عبد الله بن مصعب الزبيري وهو ضعيف.

وفي الباب عن ابن عباس - رضي الله عنه - بلفظ «المقتول دون ماله شهيد».

قال الهيثمي في «المجمع» (٦/ ٢٤٨): رواه الطبراني وفيه جويبر وهو متروك.

(١) في أ: وهذا إذا. (٢) سقط في ط.

أعضائه والضرب المهلك؛ قال الله سبحانه وتعالى: ﴿وَالَّذِينَ يُؤْذُونَ الْمُؤْمِنِينَ وَالْمُؤْمِنَاتِ بِغَيْرِ مَا اكْتَسَبُوا فَقَدِ احْتَمَلُوا بُهْتَاناً وإِثْماً مُبِيناً﴾ [الأحزاب: ٥٨] وكذلك ضرب الوالدين قل أو كثر، قال الله تعالى: ﴿فَلاَ تَقُلْ لَهُمَا أُفٍّ﴾ [الإسراء: ٢٣] والنهي عن التأفيف نهى عن الضَّرب دلالة بالطريق الأولى، فكانت الحرمة قائمة بحكمها، فلا يرخص الإقدام عليه، ولو أقدم يأثم والله أعلم.

وأما ضرب غير الوالدين إذا كان مما لا يخاف منه التلف، كضرب سوط أو نحوه فيرجى ألا يؤاخذ به؛ وكذا الحبس والقيد، لأن ضرره دون ضرر المكره بكثير فالظاهر أنه يرضى بهذا القدر من الضرر لإحياء أخيه.

ولو أذن له المكره عليه، أو قطعه، أو ضربه، فقال للمكره: افعل لا يباح له أن يفعل، لأن هذا مما لا يباح بالإباحة ولو فعل فهو آثم.

ألا ترى أنه لو فعل بنفسه أثم فبغيره أولى: وكذا الزنا من هذا القبيل أنه لا يباح، ولا يرخص للرجل بالإكراه وإن كان تاماً، ولو فعل يأثم؛ لأن حرمة الزنا ثابتة في العقول، قال الله سبحانه وتعالى: ﴿وَلاَ تَقْرَبُوا الزِّنَا إِنَّهُ كَانَ فَاحِشَةً [وَسَاءَ سَبِيلاً﴾ [الإسراء: ٣٢]، فدل أنه كان][1] فاحشة في العقل قبل ورود الشرع، فلا يحتمل الرخصة بحال، كقتل المسلم بغير حق ولو أذنت المرأة به لا يباح أيضاً، حرة كانت أو أمة، أذن له مولاها؛ لأن الفرج لا يباح بالإباحة، وأما المرأة فيرخص لها، لأن الذي يتصور منها ليس إلا التمكين، وهي مع ذلك مدفوعة إليه، وهذا عندي فيه نظر؛ لأن فعل الزنا كما يتصور من الرجل يتصور من المرأة.

ألا ترى أن الله سبحانه وتعالى سماها زانية، إلا أن زنا الرجل بالإيلاج، وزناها بالتمكين، والتمكين فعل منها لكنه فعل سكوت، فاحتمل الوصف بالحظر والحرمة فينبغي أن لا يختلف فيه حكم الرجل والمرأة، فلا يرخص للمرأة كما لا يرخص للرجل، والله سبحانه وتعالى أعلم.

وأما الحكم الذي يرجع إلى الدنيا في الأنواع الثلاثة:

أما النوع الأول فالمكره على الشرب لا يجب عليه الحد إذا كان الإكراه تاماً؛ لأن الحد شرع زاجراً[2] عن الجناية في المستقبل، والشرب خرج من أن يكون جناية بالإكراه وصار مباحاً بل واجباً عليه على ما مر، وإذا كان ناقصاً يجب، لأن الإكراه الناقص لم يوجب تغير الفعل عما كان عليه قبل الإكراه بوجه ما، فلا يوجب تغير حكمه، والله سبحانه وتعالى أعلم.

---

(١) سقط في أ.

(٢) في أ: للزجر.

وأما النوع الثاني: فالمكره على الكفر لا يحكم بكفره إذا كان قلبه مطمئناً بالإيمان، بخلاف المكره على الإيمان أنه يحكم بإيمانه، والفرق بينهما من وجهين: أحدهما أن الإيمان في الحقيقة تصديق، والكفر في الحقيقة تكذيب، وكل ذلك عمل القلب. والإكراه لا يعمل على القلب، فإن كان مصدقاً بقلبه، كان مؤمناً لوجود حقيقة الإيمان، وإن كان مكذباً بقلبه كان كافراً لوجود حقيقة الكفر إلا أن عبارة اللسان جعل دليلاً على التصديق والتكذيب ظاهراً حالة الطوع[١] وقد بطلت هذه الدلالة بالإكراه فبقي الإيمان منه والكفر محتملاً، فكان ينبغي أن لا يحكم بالإسلام حالة الإكراه مع الاحتمال، كما لم يحكم بالكفر فيها بالاحتمال، إلا أنه حكم بذلك لوجهين:

أحدهما: أنا إنما قبلنا ظاهر إيمانه مع الإكراه، ليخالط المسلمين، فيرى محاسن الإسلام فيؤول أمره إلى الحقيقة، وإن كنا لا نعلم بإيمانه لا قطعاً ولا غالباً. وهذا جائز؛ ألا ترى أن الله تبارك وتعالى أمرنا في/ النساء المهاجرات بامتحانهن بعد وجود ظاهر الكلمة منهن بقوله تعالى: ﴿يَأَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا جَاءَكُمُ الْمُؤْمِنَاتُ مُهَاجِرَاتٍ فَامْتَحِنُوهُنَّ﴾ [الممتحنة: ١٠] ليظهر لنا إيمانهن بالدليل الغالب لقوله عز شأنه: ﴿فَإِنْ عَلِمْتُمُوهُنَّ مُؤْمِنَاتٍ فَلَا تَرْجِعُوهُنَّ إِلَى الْكُفَّارِ﴾ [الممتحنة: ١٠] كذا هٰهنا، وهذا المعنى لا يتحقق في الإكراه على الكفر. ٣/ ٢٣١أ

والثاني: أن اعتبار الدليل المحتمل في باب الإسلام يرجع إلى إعلاء الدين الحق، وإن اعتبار الغالب يرجع إلى ضده وإعلاء الدين الحق واجب. قال النبي عليه الصلاة والسلام: «**الإِسْلَامُ يَعْلُو وَلَا يُعْلَى**» فوجب اعتبار المحتمل دون الغالب إعلاء لدين الحق وذلك في الحكم بإيمان المكره على الإيمان والحكم بعدم كفر المكره [على الكفر][٢] والله سبحانه وتعالى أعلم.

ولو أكره على الإسلام فأسلم، ثم رجع يجبر على الإسلام، ولا يقتل، بل يحبس ولكن لا يقتل، والقياس: أن يقتل لوجود الردة منه، وهي الرجوع عن الإسلام.

وجه الاستحسان: أنا إنما قبلنا كلمة الإسلام منه ظاهراً طمعاً للحقيقة ليخالط المسلمين فيرى محاسن الإسلام، فينجع التصديق في قلبه على ما مر، فإذا رجع تبين أنه لا مطمع لحقيقة الإسلام فيه، وإنه على اعتقاده الأول، فلم يكن هذا رجوعاً عن الإسلام، بل إظهاراً لما كان في قلبه من التكذيب، فلا يقتل وكذلك الكافر إذا أسلم، وله أولاد صغار حتى حكم[٣]

---

(١) في أ: التطوع.

(٢) سقط في ط.

(٣) في أ: يحكم.

بإسلامهم تبعاً لأبيهم، فبلغوا كفاراً يجبرون على الإسلام ولا يقتلون، لأنه لم يوجد منهم الإسلام حقيقة، فلم يتحقق الرجوع عنه، والله سبحانه وتعالى أعلم.

ولو أكره على أن يقر أنه أسلم أمس فأقر، لا يحكم بإسلامه؛ لأن الإكراه يمنع صحة الإقرار، لما نذكر في موضعه إن شاء الله تعالى.

وإذا لم يحكم بكفره بإجراء الكلمة لا تثبت أحكام الكفر حتى لا تبين منه امرأته، والقياس: أن تثبت البينونة لوجود سبب الفرقة، وهو الكلمة؛ إذ[1] هي من أسباب الفرقة بمنزلة كلمة الطلاق، ثم حكم تلك لا يختلف بالطوع والكره؛ فكذا حكم هذه.

وجه الاستحسان: أن سبب الفرقة الردة دون نفس الكلمة، وإنما الكلمة دلالة عليها حالة الطوع، ولم يَبْقَ دليلاً حالة الإكراه، فلم تثبت الردة [فلا تثبت البينونة][2] ولو قال المكره: خطر ببالي في قولي: كفرت بالله أن أخبر عن الماضي كاذباً ولم أكن فعلت لا يصدق في الحكم، ويحكم بكفره، لأنه دعى إلى إنشاء الكفر وقد أخبر أنه أتى بالإخبار وهو غير مكره على الإخبار، بل هو طائع فيه ولو قال طائعاً كفرت بالله ثم قال: عنيت به الإخبار عن الماضي كاذباً ولم أكن فعلت لا يصدق في القضاء؛ كذا هذا، ويصدق فيما بينه وبين الله - تعالى - لأنه يحتمله كلامه، وإن كان خلاف الظاهر.

ولو أكره على الإخبار فيما مضى، ثم قال: ما أردت به الخبر عن الماضي، فهو كافر في القضاء وفيما بينه وبين الله - تعالى - لأنه لم يجبه إلى ما دعاه إليه، بل أخبر أنه أنشأ الكفر طوعاً.

ولو قال لم يخطر ببالي شيء آخر، لا يحكم بكفره، لأنه إذا لم يرد شيئاً يحمل على الإجابة إلى ظاهر الكلمة مع[3] اطمئنان القلب بالإيمان، فلا يحكم بكفره وكذلك لو أكره على الصلاة للصليب فقام يصلي فخطر بباله أن يصلي لله - تعالى - وهو مستقبل القبلة أو غير مستقبل القبلة فينبغي أن ينوي بالصلاة أن تكون لله عز وجل فإذا قال نويت به ذلك لم يصدق في القضاء، ويحكم بكفره؛ لأنه أتى بغير ما دعي إليه فكان طائعاً، والطائع إذا فعل ذلك، وقال: نويت به ذلك لا يصدق في القضاء؛ كذا هذا، ويصدق فيما بينه وبين الله عز شأنه؛ لأنه نوى ما يحتمله فعله ولو صلى للصليب، ولم يصل لله سبحانه وتعالى وقد خطر بباله

(١) في ط: أو.
(٢) في أ: دون نفس الكلمة.
(٣) في أ: ثم.

ذلك، فهو كافر بالله في القضاء وفيما بينه وبين الله تعالى، لأنه صلى للصليب طائعاً مع إمكان الصلاة لله تعالى.

وإن كان مستقبل الصليب، فإن لم يخطر بباله شيء، وصلى للصليب ظاهراً، وقلبه مطمئن بالإيمان لا يحكم بكفره ويحمل على الإجابة إلى ظاهر ما دعي إليه مع سكون قلبه بالإيمان. وكذلك لو أكره على سب النبي ﷺ فخطر بباله رجل آخر اسمه محمد، فسبه، وأقر بذلك لا يصدق في الحكم، ويحكم/ بكفره، لأنه إذا خطر بباله رجل آخر فهذا طائع في سب النبي محمد عليه الصلاة والسلام، ثم قال: عنيت به غيره، فلا يصدق في الحكم ويصدق فيما بينه وبين الله ـ تعالى ـ لأنه يحتمله كلامه ولو لم يقصد بالسب رجلاً آخر فسب النبي ﷺ فهو كافر في القضاء وفيما بينه وبين الله جل شأنه.

٣/ ٢٣١ب

ولو لم يخطر بباله شيء لا يحكم بكفره ويحمل على جهة الإكراه، على ما مر، والله سبحانه وتعالى أعلم.

هذا إذا كان الإكراه على الكفر تاماً، فأما إذا كان ناقصاً يحكم بكفره لأنه ليس بمكره في الحقيقة، لأنه ما فعله للضرورة بل لدفع الغم عن نفسه. ولو قال كان قلبي مطمئناً بالإيمان، لا يصدق في الحكم، لأنه خلاف الظاهر، كالطائع إذا أجرى الكلمة ثم قال: كان قلبي مطمئناً بالإيمان، ويصدق فيما بينه وبين الله تعالى.

وأما المكره على إتلاف مال الغير، إذا أتلفه يجب الضمان على المكره دون المكره إذا كان الإكراه تامًّا؛ لأن المتلف هو المكره من حيث المعنى، وإنما المكره بمنزلة الآلة على معنى أنه مسلوب الاختيار إيثاراً وارتضاء، وهذا النوع من الفعل مما يمكن تحصيله بآلة غيره، بأن يأخذ المكره فيضربه على المال، فأمكن جعله آلة المكره، فكان التلف حاصلاً بإكراهه، فكان الضمان عليه، وإن كان الإكراه ناقصاً فالضمان على المكره؛ لأن الإكراه الناقص لا يجعل المكره آلة المكره؛ لأنه لا يسلب الاختيار أصلاً، فكان الإتلاف من المكره فكان الضمان عليه، وكذلك لو أكره على أن يأكل مال غيره، فالضمان عليه؛ لأن هذا النوع من الفعل وهو الأكل مما لا يعمل عليه الإكراه؛ لأنه لا يتصور تحصيله بآلة غيره، فكان طائعاً فيه فكان الضمان عليه.

ولو أكره على أن يأكل طعام نفسه، فأكل، أو على أن يلبس ثوب نفسه، فلبس حتى تخرق، لا يجب الضمان على المكره؛ لأن الإكراه على أكل مال الغير[1] لما لم يوجب الضمان على المكره فعلى مال نفسه أولى، مع ما أن أكل مال نفسه ولبس ثوب نفسه ليس من

---

(١) في ط: غير.

باب الإتلاف، بل هو صرف مال نفسه إلى مصلحة بقائه، ومن صرف مال نفسه إلى مصلحته، لا ضمان له على أحد.

ولو أذن صاحب المال المكره بإتلاف ماله من غير إكراه، فأتلفه، لا ضمان على أحد؛ لأن الإذن بالإتلاف يعمل في الأموال؛ لأن الأموال مما تباح بالإباحة، وإتلاف مال مأذون فيه لا يجوب الضمان، والله سبحانه وتعالى أعلم.

وأما النوع الثالث فأما المكره على القتل فإن كان الإكراه تاماً، فلا قصاص عليه عند أبي حنيفة ومحمد رضي الله عنهما ولكن يعزر ويجب على المكره. وعند أبي يوسف رحمه الله لا يجب القصاص عليهما، ولكن تجب الدية على المكره. وعند زفر رحمه الله يجب القصاص على المكره دون المكره، وعند الشافعي رحمه الله يجب عليهما.

وجه قول الشافعي رحمه الله أن القتل اسم لفعل يفضي إلى زهوق الحياة عادة وقد وجد في[1] كل واحد منهما، إلا أنه حصل من المكره مباشرة، ومن المكره تسبيباً فيجب القصاص عليهما جميعاً.

وجه قول زفر ـ رحمه الله ـ إن القتل وجد من المكره حقيقة حساً ومشاهدة وإنكار المحسوس مكابرة فوجب اعتباره منه دون المكره؛ إذ الأصل اعتبار الحقيقة لا يجوز العدول عنها إلا بدليل.

وجه قول أبي يوسف رحمه الله أن المكره ليس بقاتل حقيقة، بل هو مسبب للقتل وإنما القاتل هو المكره حقيقة، ثم لما لم يجب القصاص عليه فلأن لا يجب على المكره أولى.

وجه قول أبي حنيفة ومحمد عليهما الرحمة ما رُوِيَ عن رسول الله ﷺ أنه قال: «**عَفَوْتُ عَنْ أُمَّتِي الخَطَأَ والنِّسْيَانَ وَمَا اسْتُكْرِهُوا عَلَيْهِ**» وعفو الشيء عفو عن موجبه فكان موجب المستكره عليه معفواً بظاهر الحديث ولأن القاتل هو المكره من حيث المعنى، وإنما الموجود من المكره صورة القتل فأشبه الآلة، إذ القتل مما يمكن اكتسابه بآلة الغير، كإتلاف المال، ثم المتلف هو المكره حتى كان الضمان عليه فكذا القاتل.

ألا ترى أنه إذا أكره على قطع يد نفسه له أن يقتص من المكره، ولو كان هو القاطع حقيقة لما اقتص، ولأن معنى الحياة أمر لا بد منه في باب[2] القصاص قال الله تعالى ﴿وَلَكُمْ فِي القِصَاصِ حَيَاةٌ﴾ [البقرة: ١٧٩] ومعنى الحياة شرعاً واستيفاء لا يحصل بشرع القصاص في

(١) في أ: من. (٢) في أ: كتاب.

حق المكره واستيفائه منه، على ما مر في مسائل الخلاف لذلك وجب على المكره دون المكره.

وإن كان الإكراه ناقصاً وجب القصاص على المكره بلا خلاف، لأن الإكراه الناقص يسلب الاختيار أصلاً فلا يمنع وجوب القصاص. وكذلك لو كان المكره صبيًا أو معتوهاً يعقل ما أمره به، فالقصاص على المكره عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله، لما ذكرنا.

ولو كان الصبي المكره بعقل وهو مطاع أو بالغ مختلط العقل، وهو مسلط لا قصاص عليه وعلى عاقلته الدية لأن عمد الصبي خطأ.

ولو قال المكره على قتله للمكره اقتلني من غير إكراه فقتله، لا قصاص عليه عند أصحابنا الثلاثة؛ لأنه لو قتله من غير إذن لا يجب عليه فهذا أولى وعند زفر يجب عليه القصاص؛ وكذا لا قصاص على المكره عندنا، وفي وجوب الدية روايتان، وموضع المسألة كتاب الديات ومن الأحكام التي تتعلق بالإكراه على القتل أن المكره على قتل مورثه لا يحرم الميراث عند أصحابنا الثلاثة لما ذكرنا أن الموجود من المكره صورة القتل لا حقيقته بل هو في معنى الآلة فكان القتل مضافاً إلى المكره؛ ولأنه قتل لا يتعلق به وجوب القصاص، ولا وجوب الكفارة، فلا يوجب حرمان الميراث، وعلى قياس قول زفر والشافعي ـ رحمهما الله ـ يحرم الميراث لأنه يتعلق به وجوب القصاص.

وأما المكره فيحرم الميراث عند أبي حنيفة ومحمد، والشافعي ـ رضي الله عنهم ـ لوجوب القصاص عليه.

وعند أبي يوسف وزفر رحمهما الله لا يحرم لانعدام وجوب القصاص عليه والكفارة، والله سبحانه وتعالى أعلم.

هذا إذا كان المكره بالغاً، فإن كان صبيًا وهو وارث المقتول، لا يحرم الميراث لأن من شرط كون القتل جازماً أن يكون حراماً، وفعل الصبي لا يوصف بالحرمة، ولهذا إذا قتله بيد نفسه لا يحرم فإذا قتله بيد غيره أولى.

وكذلك المكره على قطع يد إنسان إذا قطع، فهو على [هذا][1] الاختلاف الذي ذكرنا في القتل؛ غير أن صاحب اليد إذا [كان][2] أذن للمكره بقطع يده من غير إكراه فقطع لا ضمان على أحد.

---

(١) سقط في ط.

(٢) سقط في أ.

وفي باب القتل إذا أذن لمكره على قتله المكره بالقتل فقتل، فهو اختلاف الرواية في وجوب الدية على المكره، والله سبحانه وتعالى أعلم.

والفرق: أن الأطراف يسلك بها مسلك[١] الأموال في بعض الأحوال، والإذن إتلاف المال المحض مبيح فالإذن بإتلاف ماله حكم المال في الجملة يورث شبهة الإباحة فيمنع وجوب الضمان بخلاف النفس، يدل على التفرقة بينهما أنه إذا قال له: لتقطعن يدك، وإلا لأقتلنك كان في سعة من ذلك، ولا يسعه ذلك في النفس والله عز وجل أعلم.

وأما المكره على الزنا: فقد كان أبو حنيفة ـ رحمه الله ـ يقول أولاً إذا أكره الرجل على الزنا يجب عليه الحد، وهو القياس، لأن الزنا من الرجل لا يتحقق إلا بانتشار الآلة والإكراه لا يؤثر فيه فكان طائعاً في الزنا فكان عليه الحد. ثم رجع وقال: إذا كان الإكراه من السلطان، لا يجب بناء على أن الإكراه لا يتحقق إلا من السلطان عنده، وعندهما يتحقق من السلطان وغيره، فإذا جاء من غير السلطان ما يجيء من السلطان لا يجب. والفرق لأبي حنيفة ما ذكرنا من قبل أن المكره يلحقه الغوث إذا كان الإكراه من غير السلطان، ولا يجد غوثاً إذا كان الإكراه منه.

وأما قوله: إن الزنا لا يتحقق إلا بانتشار الآلة، فنعم، لكن ليس كل من تنتشر آلته يفعل، فكان فعله بناء على إكراهه، فيعمل فيه لصيرورته[٢] مدفوعاً إليه خوفاً من القتل، فيمنع وجوب الحد، ولكن يجب العقر على المكره، لأن الزنا في دار الإسلام لا يخلو عن إحدى الغرامتين، وإنما وجب العقر على المكره دون المكره، لأن الزنا مما لا يتصور تحصيله بآلة غيره، والأصل أن كل ما لا تصور تحصيله بآلة الغير، فضمانه على المكره، وما يتصور تحصيله بآلة الغير فضمانه على المكره، كذلك المرأة إذا أكرهت على الزنا لا حد عليها لأنها بالإكراه صارت محمولة/ على التمكين خوفاً من مضرة السيف فيمنع وجوب الحد عليها كما في جانب الرجل، بل أولى، لأن الموجود منها ليس إلا التمكين، ثم الإكراه لما أثر في جانب الرجل، فلأن يؤثر في جانبها أولى. ٣/ ٢٣٢ب

هذا إذا كان إكراه الرجل تامًّا فأما إذا كان ناقصاً بحبس أو قيد أو ضرب لا يخاف منه التلف يجب عليه الحد، لما مر أن الإكراه الناقص لا يجعل المكره مدفوعاً إلى فعل ما أكره [عليه][٣] فبقي مختاراً مطلقاً فيؤاخذ بحكم فعله.

وأما في حق المرأة فلا فرق بين الإكراه التام والناقص، ويدرأ الحد عنها في نوعي

---

(١) في أ: مسالك. (٢) في ط: لضرورته. (٣) سقط في ط.

الإكراه لأنه لم يوجد منها فعل الزنا بل الموجود هو التمكين وقد خرج من أن يكون دليل الرضا بالإكراه فيدرأ عنها الحد.

هذا الذي ذكرنا إذا كان المكره عليه معيناً، فأما إذا كان مخيراً فيه؛ بأن أكره على أحد فعلين من الأنواع الثلاثة غير معين فنقول وبالله التوفيق: أما الحكم الذي يرجع إلى الآخرة، وهو ما ذكرنا من الإباحة والرخصة والحرمة المطلقة، فلا يختلف التخيير بين المباح والمرخص؛ أنه يبطل لحكم الرخصة أعني به أن كل ما يباح حالة التعيين يباح حالة التخيير، وكل ما لا يباح، ولا يرخص حالة التعيين لا يباح ولا يرخص حالة التخيير، وكل ما يرخص حالة التعيين يرخص حالة التخيير، إلا إذا كان التخيير بين المباح وبين المرخص.

وبيان هذه الجملة إذا أكره على أكل ميتة [أو قتل مسلم يباح له الأكل ولا يرخص له القتل، وكذا إذا أكره على أكل ميتة][١] أو أكل ما لا يباح ولا يرخص حالة التعيين من قطع اليد، وشتم المسلم والزنا، يباح له الأكل، ولا يباح له شيء من ذلك ولا يرخص كما في حالة التعيين. ولو امتنع من الأكل حتى قتل يأثم كما في حالة التعيين ولو أكره على القتل والزنا لا يرخص له أن يفعل أحدهما. ولو امتنع [عنهما لا يأثم إذا قتل بل يثاب][٢] كما في حالة التعيين. ولو أكره على القتل أو الإتلاف لمال إنسان، رخص له الإتلاف.

ولو لم يفعل أحدهما حتى قتل لا يأثم، بل يثاب، كما في حالة التعيين؛ وكذا إذا أكره على قتل إنسان وإتلاف مال نفسه يرخص له الإتلاف دون القتل كما في حاله التعيين. ولو امتنع عنهما حتى قتل لا يأثم؛ وكذا لو أكره على القتل أو الكفر يرخص له أن يجري كلمة الكفر إذا كان قلبه مطمئناً بالإيمان، ولا يرخص له القتل ولو امتنع حتى قتل فهو مأجور؛ كما في حالة التعيين.

فأما إذا أكره على أكل ميتة، أو الكفر، لم يذكر هذا الفصل في الكتاب وينبغي أن لا يرخص له كلمة الكفر أصلاً؛ كما لا يرخص له القتل؛ لأن الرخصة في إجراء الكلمة لمكان الضرورة، ويمكنه دفع الضرورة بالمباح المطلق، وهو الأكل فكان إجراء الكلمة حاصلاً باختياره مطلقاً؛ فلا يرخص له، والله أعلم.

وأما الحكم الذي يرجع إلى الدنيا، فقد يختلف بالتخيير، حتى إنه لو أكره على أكل الميتة، أو قتل المسلم فلم يأكل وقتل يجب القصاص على المكره؛ لأنه أمكنه[٣] دفع الضرورة

---

(١) سقط في أ.

(٢) بدل ما بين المعكوفين في أ عن أحدهما حتى قتل لا يأثم بل يثاب.

(٣) في أ: يمكنه.

بتناول المباح؛ فكان القتل حاصلاً باختياره من غير ضرورة، فيؤاخذ بالقصاص.

ولو أكره على القتل أو الكفر، فلم يأتي بالكلمة حتى[١] قتل فالقياس أن يجب القصاص على المكره؛ لأنه مختار في القتل؛ حيث آثر الحرام المطلق على المرخص فيه. وفي الاستحسان أنه لا قصاص عليه، ولكن تجب الدية في ماله إن لم يكن عالماً أن لفظ الكفر مرخص له منهم من استدل بهذه اللفظة على أنه لو كان عالماً ومع ذلك تركه وقتل، يجب القصاص على المكره؛ لأنه أخرجها مخرج الشرط ومنهم من قال لا يجب؛ علم أو لم يعلم.

وجه الاستحسان ما ذكر في الكتاب أن أمر هذا الرجل محمولٌ على أنه ظن أن إجراء كلمة الكفر على اللسان أعظم حرمة من القتل، فأورث شبهة الرخصة في القتل، والقصاص لا يجب مع الشبهات؛ حتى لو كان عالماً يجب القصاص عند بعضهم لانعدام الظن المورث للشبهة، وعند بعضهم لا يجب، لأنه وإن علم بالرخصة، فقد استعظم حرف الكفر بالامتناع عنه فجعل استعظامه شبهة دارئة للقصاص والله سبحانه وتعالى أعلم، وإنما وجبت الدية في ماله لا على العاقلة لأنه عمد. وقال ـ عليه الصلاة والسلام ـ لا تعقل العاقلة عمداً[٢] ولا يرجع على المكره لأن القتل حصل باختياره فلا يملك الرجوع عليه.

ولو أكره على القتل أو الزنا فزنا القياس: أن يجب عليه الحد. وفي الاستحسان يدرأ عنه لما مر.

ولو قتل لا يجب القصاص على المكره، ولكنه يؤدب بالحبس والتعزير ويقتص من المكره، كما في حالة التعيين، على ما مر والله أعلم.

هذا كله إذا كان الإكراه على الأفعال الحسية، فأما إذا كان على التصرفات الشرعية فنقول وبالله التوفيق.

التصرفات الشرعية في الأصل نوعان: إنشاء وإقرار.

والإنشاء نوعان: نوع لا يحتمل الفسخ ونوع يحتمله. أما الذي لا يحتمل الفسخ، فالطلاق والعتاق والرجعة والنكاح واليمين والنذر والظهار والإيلاء والفيء في الإيلاء والتدبير والعفو عن القصاص، وهذه التصرفات جائزة مع الإكراه عندنا وعند الشافعي رحمه الله لا تجوز.

واحتج بما رُوِيَ عن رسول الله ﷺ أنه قال: «**عَفَوْتُ عَنْ أُمَّتِي الخَطَأَ وَالنِّسْيَانَ وَمَا**

---

(١) في ط: وقتل.

(٢) سيأتي تخريجه في الديات.

اسْتُكْرِهُوا عَلَيْهِ» فلزم أن يكون حكم كل ما استكره عليه عفواً، ولأن القصد إلى ما وضع له التصرف شرط جوازه، ولهذا لا يصح تصرف الصبي والمجنون، وهذا الشرط يفوت بالإكراه؛ لأن المكره لا يقصد بالتصرف ما وضع له، وإنما يقصد دفع مضرة السيف عن نفسه.

ولنا: أن عُمُومَاتِ النصوص وإطلاقها يقتضي شرعية هذه التصرفات من غير تخصيص وتقييد.

أما الطلاق: فلقوله سبحانه وتعالى: ﴿فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ﴾ [الطلاق: ١] وقوله عليه الصلاة والسلام: «**كُلُّ طَلَاقٍ جَائِزٌ إِلاَّ طَلَاقَ الصَّبِيِّ وَالمعْتُوهِ**»[١] ولأن الفائت بالإكراه ليس إلا الرضا طبعاً، وإنه ليس بشرط لوقوع الطلاق، فإن طلاق الهازل واقع، وليس براض به طبعاً.

وكذلك الرجل قد يطلق امرأته الفائقة حسناً وجمالاً الرائقة تغنجاً، ودلالاً لخلل في دينها، وإن كان لا يرضى به طبعاً ويقع الطلاق عليها.

وأما الحديث: فقد قيل إن المراد منه الإكراه على الكفر؛ لأن القوم كانوا حديثي العهد بالإسلام، وكان الإكراه على الكفر ظاهراً يومئذ، وكان يجري على ألسنتهم كلمات الكفر خطأ وسهواً، فعفا الله ـ جل جلاله ـ عن ذلك عن هذه الأمة على لسان رسول الله ﷺ، مع ما أنا نقول بموجب الحديث: إن كل مستكره عليه معفو عن هذه الأمة، لكنا لا نسلم أن الطلاق والعتاق وكل تصرف قولي مستكره عليه، وهذا لأن الإكراه لا يعمل على الأقوال كما [لا][٢] يعمل على الاعتقادات؛ لأن أحداً لا يقدر على استعمال لسان غيره بالكلام على تغيير ما يعتقده بقلبه جبراً فكان كل متكلم مختاراً فيما يتكلم به، فلا يكون مستكرهاً عليه حقيقة فلا يتناوله الحديث.

وقوله القصد إلى ما وضع له التصرف بشرط اعتبار التصرف.

قلنا هذا باطل بطلاق الهازل، ثم إن كان شرطاً، فهو موجود هٰهنا، لأنه قاصد دفع الهلاك عن نفسه ولا يندفع عنه إلا بالقصد إلى ما وضع له فكان قاصداً إليه ضرورة، ثم لا يخلو أما إن أكره على تنجيز الطلاق أو على تعليقه بشرط، أو على تحصيل الشرط الذي علق به وقوع الطلاق وحكم الجواز لا يختلف في نوعي التنجيز والتعليق، وحكم الضمان يتفق مرة، ويختلف أخرى، وسنذكر تفصيل هذه الجملة في فصل الإكراه على الإعتاق، وإنما نذكر هٰهنا حكم جواز التطليق المنجز فنقول: إذا جاز طلاق المكره. فإن كان قبل الدخول بها يجب

---

(١) تقدم.

(٢) سقط في ط.

عليه نصف المفروض إن كان المهر مفروضاً، والمنعة إذا لم يكن مفروضاً؛ لأن هذا حكم الطلاق قبل الدخول [بها][١] ويرجع به على المكره، لأنه هو الذي دفعه إلى مباشرة سببه وهو الطلاق فكان قرار الضمان عليه.

وإذا كان بعد الدخول بها يجب عليه كمال المهر ولا سبيل له على المكره، لأن المهر يتأكد باستيفاء منفعة البضع، على وَجْه لا يحتمل السقوط، وهو الذي استوفى المبدل باختياره، فعليه تسليم البدل والله أعلم.

وكذلك إذا كان الإكراه ناقصاً لا سبيل على/ المكره، لأنه لا يحل باختيار المكره أصلاً على ما مر. ٣/ ٢٣٣ب

هذا إذا كان الإكراه على الطلاق، فأما إذا كان الإكراه على التوكيل بالطلاق ففعله الوكيل، فحكمه يذكر في فصل الإكراه على الإعتاق إن شاء الله تعالى.

وأما العتاق فلما روي أَنَّ رَجُلاً جَاءَ إلى النبيِّ ﷺ وَقَال: «**عَلِّمْنِي عَمَلاً يُدْخِلُنِي الجَنَّةَ؟ فقالَ: أَعْتِق النَّسَمَةَ، وَفَكَّ الرَّقَبة، فَقَالَ: أَوَلَيْسَا وَاحِداً؟ فَقَالَ** ﷺ: **لاَ، عِتقُ النَّسَمَةِ: أَنْ تَفْرَدَ بِعِتْقِهَا، وَفَكُّ الرقبة: أَنْ تُعِينَ فِي عِتْقِها**»[٢] وغيره من الأحاديث التي فيها الندب إلى الإعتاق من غير فصل بين المكره والطائع، ولأن الاعتاق تصرف قولي، فلا يؤثر فيه الإكراه كالطلاق، ثم لا يخلو إما أن كان [الإكراه][٣] على تنجيز العتق، أو على تعليقه بشرط، أو على شرط العتق المعلق به.

أما إذا كان الإكراه على تنجيز العتق، فأعتق، يضمن المكره قيمة العبد موسراً كان أو معسراً، ولا يرجع المكره على العبد بالضمان، ولا سعاية على العبد والولاء لمولاه.

أما وجوب الضمان على المكره: فلأن العبد آدمي هو مال، والإعتاق إتلاف المالية والأموال مضمونة على المكره بالإتلاف، فكان الضمان على المكره؛ كما في سائر الأموال، ويستوي فيه يساره وإعساره؛ لأن ضمان الإتلاف. لا يختلف باليسار والإعسار، ولا يرجع على العبد بالضمان لأن سبب وجوب الضمان منه باختياره فلا معنى للرجوع إلى غيره، والولاء للمكره، لأن الإعتاق من حيث هو كلام مضاف إلى المكره، لاستحالة ورود الإكراه على الأقوال فكان الولاء له، ولا سعاية على العبد؛ لأن العبد إنما يستسعي إما لتخريجه إلى العتق تكميلاً له، وإما لتعليق[٤] حق الغير به، وقد عتق كله، فلا حاجة إلى التكميل وكذا لا حق لأحد تعلق به، فلا سعاية عليه.

---

(١) سقط في ط. (٢) تقدم. (٣) سقط في ط. (٤) في أ: لتعلق.

ولو أكره على شراء ذي رحم محرم منه عتق عليه؛ لأن شراء القريب إعتاق بالنص، والإكراه لا يمنع جواز الإعتاق، لكن لا يرجع المكره هٰهنا بقيمة العبد على[1] المكره؛ لأنه حصل له عوض وهو صلة الرحم.

ولو كان العبد مشتركاً بين اثنين، فأكره أحدهما على إعتاقه فأعتقه، جاز عتقه، لما ذكرنا أن الإكراه لا يمنع جواز الإعتاق، لكن يعتق نصفه عند أبي حنيفة ـ رضي الله عنه ـ وعندهما يعتق كله بناء على أن الإعتاق يتجزأ عنده، وعندهما لا يتجزأ، ولا يضمن الشريك المكره للشريك الآخر نصيبه، ولكن يضمن المكره نصيب المكره؛ لأن الإعتاق من حيث هو إتلاف المال مضاف إلى المكره، فكان المتلف من حيث المعنى هو المكره، فكان الضمان عليه؛ سواء كان موسراً أو معسراً، وهذا بخلاف حالة الاختيار إذا أعتقه أحد الشريكين؛ أنه لا يضمن لشريكه الساكت إذا كان المعتق معسراً، وهٰهنا يضمن؛ موسراً كان أو معسراً، لأن الضمان الواجب على المكره ضمان إتلاف على ما مر، والأصل أن ضمان الإتلاف لا يختلف باليسار والإعسار فالواجب على أحد الشريكين حالة الاختيار ليس بضمان إتلاف؛ لانعدام الإتلاف منه في نصيب شريكه أما على أصل أبي حنيفة رضي الله عنه فظاهر؛ لأنه لا يعتق نصيب شريكه، وأما على أصلهما فإن عتق لكن لا بإعتاقه، لأن إعتاقه تصرف في ملك نفسه إلا أنه عتق نصيب شريكه عند تصرفه لا بتصرفه فلا يكون مضافاً إليه، كمن حفر بئراً في دار نفسه فوقع فيها غيره، أو سقى أرض نفسه ففسدت أرض غيره حتى لا يجب عليه الضمان، إلا أن وجوب الضمان على أحد الشريكين حالة الاختيار عرف شرعاً والشرع ورد به على الموسر، فيقتصر على مورد الشرع، وشريك المكره بالخيار إن شاء أعتق نصيبه، وإن شاء دبره، وإن شاء كاتبه، وإن شاء استسعاه معسراً كان المكره، أو موسراً، وإن شاء ضمن المكره إن كان موسراً، فإن اختار تضمين المكره، فالولاء بين المكره والمكره؛ لأنه انتقل نصيبه إليه باختيار طريق الضمان، وإن اختار الإعتاق أو السعاية، فالولاء بينه وبين شريكه وهذا قول أبي حنيفة ـ رضي الله عنه/ ـ وعندهما إن كان المكره موسراً، فلشريك المكره أن يضمنه لا غير وإن كان معسراً، فله أن يستسعي العبد لا غير؛ كما في حالة الاختيار. وموضع المسألة في كتاب العتاق، وإنما ذكرنا بعض ما يختص بالإكراه، والله تعالى الموفق.

٣/ ٢٣٤أ

وأما التدبير: فلأن التدبير تحرير قال النبيُّ ﷺ: **«المُدَبَّرُ لا يُبَاعُ وَلاَ يُوهَبُ، وَهُوَ حُرٌّ مِنَ الثُّلُثِ»**[2] إلا أنه للحال تحرير من وجه والإكراه لا يمنع نفاذ التحرير من كل وجه، فلا يمنع نفاذ التحرير من وَجْهٍ بالطريق الأولى ويرجع المكره على المكره للحال بما نقصه التدبير، وبعد

---

(١) في أ: إلى.
(٢) تقدم.

موته يرجع ورثته على المكره ببقية قيمته؛ لأن التدبير للحال إثبات الحرية من وجه، وإنما تثبت الحرية من كل وجه في آخر جزء من أجزاء حياته، فكان الإكراه على التدبير إتلافاً لمال المكره للحال من وجه، فيضمن بقدره من النقصان، ثم يتكامل الإتلاف في آخر جزء من أجزاء حياته، فيتكامل الضمان عند ذلك، وذلك بقية قيمته فإذا مات المكره صار ذلك ميراثاً لورثته، فكان لهم أن يرجعوا به على المكره، والله تعالى الموفق.

هذا إذا أكره على تنجيز العتق فأما إذا أكره على تعليق العتق بشرط. أما حكم الجواز، فلا يختلف في النوعين لما ذكرنا، وأما حكم الضمان فقد يختلف. بيان ذلك إذا أكره على تعليق العتق بفعل نفسه، فإنه ينظر فإنه كان فعلاً لا بد منه بأن كان مفروضاً عليه، أو يخاف من تركه الهلاك على نفسه كالأكل والشرب ففعله حتى عتق يرجع بالضمان على المكره، لأن الإكراه على تعليق العتق بفعل لا بد له منه إكراه على ذلك الفعل، فكان مضافاً إلى المكره.

وإن كان فعلاً له منه بد كتقاضي دين الغريم، أو تناول شيء له منه بد، ففعل حتى عتق لا يرجع بالضمان على المكره، لأنه إذا كان له منه بد لا يكون مضطراً إلى تحصيله إذ لا يلحقه بتركه كثير ضرر، فأشبه الإكراه الناقص، فلا يكون الإكراه على تعليق العتق به إكراهاً عليه، فلا يكون تلف المال مضافاً إلى المكره، فلا يرجع عليه بالضمان.

ولو أكره، على أن يقول كل مملوك أملكه فيما أستقبله[1] فهو حر، فقال ذلك ثم ملك مملوكاً حتى عتق عليه، فإن ملك بشراء أو هبة أو صدقة، أو وصية، لا ضمان على المكره لأنه إنما ملكه باختياره فينقطع إضافة إكراه الإتلاف إلى المكره وإن ملك بإرث فكذلك في القياس، وفي الاستحسان يضمن؛ لأنه لا صنع للمكره في الإرث فبقي الإتلاف مضافاً إلى المكره.

ولو أكره على أن يقول لعبده إن شئت فأنت حر، فقال: شئت حتى عتق ضمن المكره؛ لأن مشيئة المكره العتق توجد غالباً، فأشبه التعليق بفعل لا بد منه فكان الإكراه على الإعتاق إكراهاً عليه.

هذا إذا أكره على تعليق العتق بالشرط، فأما إذا أكره على تحصيل الشرط الذي علق به العتق عن طوع، بأن قال رجل لعبد: إن ملكتك فأنت حر، فأكره على الشراء فاشتراه حتى عتق، لا يرجع على المكره بشيء؛ لأن العتق لم يثبت بالشرط وهو الشراء، وإنما ثبت بالكلام السابق، وهو طائع فيه.

---

(١) في أ: يستقبل.

وكذا إذا قال لعبده: إن دخلت الدار فأنت حر، فأكره على الدخول حتى عتق لا ضمان على المكره لما ذكرنا، ثم إنما يضمن المكره في جميع ما وصفنا إذا كان الإكراه تامًّا، فأما إذا كان ناقصاً، فلا ضمان لما مر أن الإكراه الناقص لا يقطع الإضافة عن المكره بوجه، فلا يوجب الضمان على المكره، والله تعالى أعلم.

هذا الذي ذكرنا إذا أكره على الإعتاق المطلق عيناً، فأما إذا أكره على أحدهما غير عين بأن أكره على أن يعتق عبده أو يطلق امرأته، فإن لم تكن المرأة مدخولاً بها ففعل المكره أحدهما غرم المكره الأقل من قيمة العبد ومن نصف مهر المرأة أما إذا فعل أقلهما ضماناً فظاهر، لأنه ما أتلف عليه إلا هذا القدر.

وكذلك إذا فعل أكثرهما ضماناً، لأنه أمكنه دفع الضرورة بأقل الفعلين ضماناً فإذا فعل أكثرهما ضماناً كان مختاراً في الزيادة، لانعدام الاضطرار في هذا القدر، فلا يكون تلف هذا القدر مضافاً إلى المكره.

وإن كانت المرأة مدخولاً بها ففعل المكره: أحدهما لا شيء على المكره أما إذا طلق فظاهر، لأن الطلاق بعد الدخول لا يوجب الضمان على المكره، لما ذكرنا من قبل.

وكذلك إذا أعتق؛ لأنه أمكنه دفع الضرورة بما لا يتعلق فيه ضمان أصلاً وهو الطلاق، فكان مختاراً في الإعتاق، فلا يكون الإتلاف مضافاً إلى المكره فلا يضمن.

وكذلك إذا كانت المرأة غير مدخول بها، ولكن الإكراه ناقص ففعل المكره أحدهما لا ضمان على المكره، لما مر أن الإكراه الناقص لا يقطع إضافة الفعل إلى المكره لأن الضرورة لا تتحقق به، فكان مختاراً مطلقاً فيه، فلا يؤاخذ به المكره.

هذا إذا أكره على الإعتاق، فأما إذا أكره على التوكيل بالإعتاق، فوكل غيره به، ففعل الوكيل، فالقياس ألا يصح التوكيل، ولا يجوز إعتاق الوكيل لأن التوكيل تصرف يحتمل الفسخ فأشبه البيع. ولهذا يبطله الهزل كالبيع، فلا يصح مع الإكراه؛ كما لا يصح البيع.

وفي الاستحسان يجوز؛ لأن الإكراه لا يمنع صحة الإعتاق، فلا يمنع صحة التوكيل بالإعتاق؛ بخلاف البيع فإن الإكراه يمنع صحة البيع فيمنع صحة التوكيل به.

وأما قوله: إنه يحتمل الفسخ والهزل فنعم، لكنه تصرف قولي، فلا يعمل عليه الإكراه، كما لا يعلم على الإعتاق والطلاق والنكاح، وغيرها؛ بخلاف البيع فإنه اسم للمبادلة حقيقة، وحقيقة المبادلة بالتعاطي وإنما الإيجاب والقبول دليل عليه حالة الطوع، فيعمل عليه الإكراه على ما نذكره في موضعه إن شاء الله تعالى وإذا نفذ إعتاق الوكيل يرجع المكره على المكره بقيمة العبد استحساناً والقياس ألا يرجع؛ لأن الموجود من المكره الإكراه على التوكيل

بالإعتاق لا على الإعتاق، وإنما الإعتاق حصل باختيار الوكيل ورضاه فلا يكون مضافاً إلى المكره كشهود التوكيل بالإعتاق إذا رجعوا لا يضمنون؛ لأنهم شهدوا بالوكالة بالإعتاق. كذا هٰهنا.

وجه الاستحسان: أن الإكراه على التوكيل بالإعتاق إكراه على الإعتاق، لأنه إذا وكل بالإعتاق ملك الوكيل إعتاقه عقيب التوكيل بلا فصل، فيعتقه فيتلف ماله، فكان الإتلاف مضافاً إلى المكره، فيؤاخذ بضمانه، ولا ضمان على الوكيل لأنه فعل[1] بأمره أمراً صحيحاً، وإن كان الإكراه ناقصاً فلا ضمان على المكره لما مر غير مرة.

وأما النكاح: فلعموم قوله تبارك وتعالى: ﴿وَأَنْكِحُوا الأَيَامَىٰ مِنْكُمْ﴾ [النور: ٣٢] وغيره من عمومات النكاح من غير تخصيص، ولأن النكاح تصرف قولي، فلا يؤثر فيه الإكراه كالطلاق والعتاق، ثم إذا جاز النكاح مع الإكراه، فلا يخلو: إما أن أكره الزوج أو المرأة، فإن أكره الزوج، فلا يخلو إما أن يكون المسمى في النكاح مقدار مهر المثل وإما أن يكون أقل من مهر المثل وإما أن يكون أكثر منه، فإن كان المسمى قدر مهر المثل أو أقل منه يجب المسمى ولا يرجع به على المكره لأنه ما أتلف عليه ماله حيث عوضه بمثله، لأن منافع البضع جعلت أموالاً متقومة شرعاً عند دخولها في ملك الزوج؛ لكونها سبباً لحصول الآدمي تعظيماً للآدمي وصيانة له عن الابتذال وإذا لم يوجد الإتلاف، فلا يجب عليه الضمان وإن كان المسمى أكثر من مهر المثل يجب قدر مهر المثل وتبطل الزيادة، لأن تسمية الزيادة على قدر مهر المثل، لم تصح مع الإكراه فبطلت وجعل كأنه لم يفرض إلا قدر مهر المثل، وهذا لأن الإكراه وقع على النكاح وعلى إيجاب المال، إلا أن الإكراه لا يؤثر في النكاح، ويؤثر في إيجاب المال كما يؤثر في الإقرار بالمال، فكان ينبغي أن لا تصح تسمية المهر أصلاً، إلا أنها صحت في قدر مهر المثل شرعاً، لأن الشرع لو أبطل هذا القدر لأثبته ثانياً، فلم يكن الإبطال مفيداً فلم يبطل لئلا يخرج الإبطال مخرج العيب، ولا ضرورة في الزيادة فلا تصح تسميتها.

هذا إذا أكره الزوج على النكاح فأما إذا أكرهت المرأة فإن كان المسمى في النكاح قدر مهر المثل أو أكثر منه جاز النكاح ولزم، وإن كان المسمى أقل من مهر المثل؛ بأن أكرهت على النكاح بألف درهم ومهر مثلها عشرة آلاف فزوجها أولياؤها/ وهم مكرهون جاز النكاح؛ لما ذكرنا، وليس للمرأة على المكره من مهر مثلها شيء؛ لأن المكره ما أتلف عليها مالاً؛ لأن منافع البضع ليست بمتقومة بأنفسها، وإنما تصير متقومة بالعقد والعقد قومها بالقدر المسمى، فلم يوجد من المكره إتلاف مال متقوم عليها، فلا يجب عليه الضمان، ولا يجب على الشهود

٣/ ٢٣٥أ

---

(١) في أ: فعله.

أيضاً، لأنه لما لم يجب على المكره، فلأن لا يجب على الشهود أولى، ثم ينظر إن كان الزوج كفئاً يقال[١] للزوج إن شئت، فكمل لها مهر مثلها، وإلا فنفرق بينكما، فإن فعل لزم النكاح وإن أبى تكميل مهر المثل يفرق بينهما إن لم ترض بالنقصان، لأن لها في كمال مهر مثلها حقاً؛ لأنها تعير بنقصان مهر المثل فيلحقها فيلحقها ضرر العار.

وإذا فرق بينهما قبل الدخول بها لا شيء على الزوج لأن الفرقة جاءت من قبلها قبل الدخول بها.

ولو رضيت بالنقصان صريحاً أو دلالة؛ بأن دخل بها عن طوع منها فلها المسمى وبطل حقها في التفريق لكن بقي حق الأولياء فيه عند أبي حنيفة، فلهم أن يفرقوا، وعندهما ليس للأولياء حق التفريق، لنقصان المهر على ما عرف في كتاب النكاح.

ولو دخل بها على كره منها لزمه تكميل مهر المثل؛ لأن ذلك دلالة اختيار التكميل، وإن لم يكن الزوج كفأ فللمرأة خيار التفريق، لانعدام الكفاءة ونقصان مهر المثل أيضاً، وكذا الأولياء عند أبي حنيفة رحمه الله، وعندهما لهم خيار عدم الكفاءة.

أما لا خيار لهم لنقصان مهر المثل فإن سقط أحد الخيارين عنها يبقى لها حق التفريق ببقاء الخيار الآخر، وإن سقط الخيار إن جميعاً فللأولياء خيار عدم الكفارة بالإجماع.

وفي خيار نقصان المهر خلاف على ما عرف، حتى إن الزوج إذا دخل بها قبل التفريق على كره منها حتى لزمه التكميل بطل خيار النقصان، وبقي لها عدم خيار الكفاءة، ولو رضيت بعدم الكفاءة أيضاً صريحاً ودلالة، بأن دخل بها الزوج على طوع منها، سقط الخياران جميعاً وبطل حقها في التفريق أصلاً، لكن للأولياء الخياران جميعاً، وعندهما أحدهما دون الآخر.

ولو فرق بينهما قبل الدخول بها، لا شيء على الزوج؛ لأن الفرقة ما جاءت من قبله، بل من قبل غيره، فلا يلزمه شيء. وأما الرجعة: فلعموم قوله تبارك وتعالى: ﴿وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بردهن﴾ عامًّا من غير تخصيص، ولأن الرجعة لا تخلو من أن تكون بالقول أو بالفعل وهو الوطء واللمس[٢] عن شهوة والنظر إلى الفرج عن شهوة، والإكراه لا يعمل على النوعين، فلا يمنع جوازها؛ والله سبحانه وتعالى أعلم.

وأما اليمين والنذر؛ بأن أكره على أن يوجب على نفسه صدقة أو حجاً، أو شيئاً من وجوه القرب والظهار والإيلاء والفيء في الإيلاء، فلعمومات النصوص الواردة في هذه الأبواب من غير تخصيص الطائع[٣]. قال الله تبارك وتعالى ﴿لاَ يُؤَاخِذُكُمُ الله باللَّغْوِ فِي أَيْمَانِكُمْ وَلَكِنْ

---

(١) في ط: فقال. (٢) في أ: المس. (٣) في ط: الطبائع.

يُؤَاخِذُكُم بِمَا عَقَّدتُّمُ الأَيْمانَ﴾ [المائدة: ٨٩] وقال سبحانه وتعالى: ﴿وَلْيُوفُوا نُذُورَهُمْ﴾ [الحج: ٢٩] وقال جل شأنه: ﴿يَأَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالعُقُودِ﴾ [المائدة: ١] أي: بالعهود، ولأن النذر يمين وكفارته كفارة اليمين على لسان رسول الله ﷺ.

وقال سبحانه وتعالى: ﴿وَالَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ﴾ [المجادلة: ٣] وقال جلَّت عظمته وكبرياؤه: ﴿لِلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ فَإِنْ فَاؤُوا فَإِنَّ اللهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ وَإِنْ عَزَمُوا الطَّلَاقَ فَإِنَّ اللهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ﴾ [البقرة: ٢٢٦، ٢٢٧] ولأن هذه تصرفات قولية، وقد مر أن الإكراه لا يعمل على الأقوال، والفيء في الإيلاء في حق القادر بالجماع وفي حق العاجز، بالقول، والإكراه لا يؤثر في النوعين جميعاً، فكان طائعاً في الفيء، فتلزمه الكفارة، ولا تلزمه في هذه التصرفات من الكفارة والقربة المنذور بها على لسان المكره؛ لأن الكفارة وجبت على المكره على سبيل التوسيع.

وكذا المنذور به، لأن الأمر بها مطلق عن الوقت، وهما مما لا يجبر على فعلهما أيضاً، فلو وجب على المكره، لكن لا يخلو من أن يجب عليه على الوجه الذي وجب على المكره أو على الوجه الذي وجب عليه، ولا سبيل إلى الأول لأن الإيجاب على هذا الوجه لا يفيد المكره شيئاً، فلا معنى لرجوعه عليه، ولا سبيل إلى الثاني، لأنه يؤدي إلى تغيير المشروع من وجهين:

أحدهما: جعل الموسع مضيقاً.

والثاني: جعل ما لا يجبر على فعله مجبوراً على فعله، وكل ذلك تغيير، ولا يجوز تغيير المشروع من وجه، فكيف يجوز من وجهين، وكذا في الإيلاء إذا لم يقر بها حتى بانت بتطليقة لا يرجع بما لزمه على المكره؛ لأنه إنما لزمه ترك القربان، وهو مختار في تركه؛ لأنه يمكنه أن يقربها في المدة حتى لا تبين فلا يلزمه فإذا لم يقرب كان ترك القربان حاصلاً باختياره، فلا يكون مضافاً إلى المكره، والله سبحانه وتعالى أعلم.

ولو أكره على كفارة اليمين، لم يرجع على المكره؛ لأنها لزمته بفعله، ولو أكره على أن يعتق عبده عن ظهاره ينظر إن كانت قيمته قيمة عبد وسط لا يرجع على المكره بشيء؛ لأن ذلك وجب عليه بفعله فلا يرجع به عليه، وإن كانت قيمته أكثر من ذلك يرجع عليه بالزيادة؛ لأنه أتلف ذلك القدر عليه، لأن الزيادة على عبد وسط لا تجب عليه بالظهار، ولا تجزيه عن الظهار، لأنه إعتاق دخله عوض، والإعتاق بعوض وإن قل، لا يجزي عن التكفير.

وأما العفو عن دم العمد: فلعمومات[1] قوله تبارك وتعالى: ﴿فَمَنْ تَصَدَّقَ بِهِ فَهُوَ كَفَّارَةٌ

(١) في أ: لعموم.

لَهُ﴾ [المائدة: ٤٥] وقوله: «به» أي بالقصاص لأنه أقرب المذكور، والتصدق بالقصاص هو العفو. وقوله عز شأنه ﴿وَإِنْ تَعْفُوا أَقْرَبَ لِلتَّقْوَى وَلاَ تَنْسَوْا الفَضْلَ بَيْنَكُمْ﴾ فقد ندب سبحانه وتعالى إلى العفو عاماً، ولأنه تصرف قولي فلا يؤثر فيه الإكراه، ولا ضمان على المكره لأنه لم يوجد منه إتلاف المال لأن القصاص ليس بمال، ولهذا لا يجب الضمان على شهود العفو إذا رجعوا والله سبحانه وتعالى أعلم.

وأما النوع الذي يحتمل الفسخ، فالبيع والشراء والهبة والإجارة ونحوها، فالإكراه يوجب فساد هذه التصرفات عند أصحابنا الثلاثة رضي الله عنهم وعند زفر رحمه الله يوجب توقفها على الإجازة كبيع الفضولي، وعند الشافعي رحمه الله يوجب بطلانها أصلاً.

ووجه قولهما إن الرضا شرط البيع شرعاً قال الله تعالى: ﴿إِلاَّ أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ﴾ [النساء: ٢٩] والإكراه يسلب الرضا، يدل عليه أنه لو أجاز المالك يجوز، والبيع الفاسد لا يحتمل الجواز بالإجازة كسائر البياعات الفاسدة فأشبه بيع الفضولي، وهذه شبهة زفر ـ رحمه الله ـ ولنا: ظواهر نصوص البيع عامًّا مطلقاً من غير تخصيص وتقييد، ولأن ركن البيع وهو المبادلة صدر مطلقاً من أهل البيع في محل، وهو مال مملوك البائع، فيفيد المالك عند التسليم، كما في سائر البياعات الفاسدة، ولا فَرْقَ سوى أن المفسد هناك لمكان الجهالة، أو الربا أو غير ذلك، وهنا الفساد لعدم الرضا طبعاً؛ فكان الرضا طبعاً شرط الصحة لا شرط الحكم وانعدام شرط الصحة لا يوجب انعدام الحكم؛ كما في سائر البياعات الفاسدة، إلا أن سائر البياعات لا تلحقها الإجازة؛ لأن فسادها لحق الشرع من حرمة الربا ونحو ذلك، فلا يزول برضا العبد، وهٰهنا الفساد لحق العبد وهو عدم رضاه فيزول بإجازته ورضاه.

وإذا فسد البيع والشراء بالإكراه، فلا بد من بيان ما يتعلق به من الأحكام في الجملة، والجملة فيه أن الأمر لا يخلو من ثلاثة أوجه:

إما أن كان المكره هو البائع وإما إن كان هو المشتري وإما إن كانا جميعاً مكرهين، فإن كان المكره هو البائع فلا يخلو الأمر فيه من وجهين:

إما أن كان مكرهاً على البيع طائعاً في التسليم وإما أن كان مكرهاً على البيع والتسليم جميعاً، فإن كان مكرهاً على البيع طائعاً في التسليم، فباع مكرهاً وسلم طائعاً جاز؛ لأن البيع في الحقيقة اسم للمبادلة فإذا سلم طائعاً، فقد أتى بحقيقة البيع باختياره، فيجوز بطريق التعاطي فكان[1] ما أتى به من لفظ البيع بالإكراه وجوده وعدمه بمنزلة واحدة، [إلا أنه لا يكون][2].

---

(١) في أ: وكل.
(٢) في أ: إلا أن يكون.

التسليم منه طائعاً إجازة لذلك البيع، بل يكون هذا بيعاً مبتدأ بطريق الشاطىء.

والثاني: أن التسليم منه إجازة لذلك البيع، لأنه ليس من شرط صحة البيع صحة التسليم؛ حتى يكون الإكراه على البيع إكراهاً على ما لا صحة له بدونه إذ البيع يصح بدون التسليم، فكان طائعاً في التسليم فصلح أن يكون دليلاً للإجازة بخلاف المكره على الهبة والصدقة[1] إذا سلم طائعاً أنه لا يجوز، ولا يكون التسليم إجازة، لأن القبض/ شرط ٣/ ٢٣٦أ لصحتها.

ألا ترى أنهما لا يصحان بدون القبض، فكان الإكراه عليهما إكراهاً على القبض، فلم يصح التسليم دليلاً على الإجازة، فهو الفرق.

هذا إذا كان مكرهاً على البيع طائعاً في التسليم، فأما إذا كان مكرهاً عليهما جميعاً، فباع مكرهاً، وسلم مكرهاً كان البيع فاسداً، لأن حقيقة البيع هو المبادلة والإكراه يؤثر فيها بالفساد، ويثبت الملك للمشتري لما قلنا، حتى لو كان المشتري عبداً، فأعتقه نفذ إعتاقه، وعليه قيمة العبد؛ لأن بالإعتاق تعذر عليه الفسخ؛ إذ الإعتاق مما لا يحتمل الفسخ، فتقرر الهلاك فتقررت عليه القيمة فكان له أن يرجع بقيمة العبد عليه؛ كالبائع، والمكره بالخيار إن شاء رجع على المكره بقيمته، ثم المكره يرجع على المشتري وإن شاء رجع على المشتري.

أما حق الرجوع على المكره، فلأنه أتلف عليه ماله بإزالة يده عنه، فأشبه الغاصب، فيرجع عليه بضمان ما أتلفه، كالغاصب، ثم يرجع بما ضمنه على المشتري؛ لأنه ملكه بأداء الضمان فنزل منزلة البائع.

وأما حق الرجوع على المشتري: فلأنه في حق البائع بمنزلة غاصب الغاصب، وللمالك ولاية تضمين غاصب الغاصب؛ كذا هذا.

ولو أعتقه[2] المشتري قبل القبض: لا ينفذ إعتاقه؛ لأن البيع الفاسد لا يفيد الملك قبل القبض، والإعتاق لا ينفذ في غير الملك، فإن أجاز البائع البيع بعد الإعتاق نفذ البيع ولم ينفذ الإعتاق. وهذه المسألة من حيث الظاهر تدل على أن الملك يثبت بالإجازة، فكانت الإجازة في حكم الإنشاء، ولكنا نقول: إن الملك يثبت بالبيع السابق عند الإجازة بطريق الاستناد، والمستند مقتصر من وجه ظاهر من وجه، فجاز ألا يظهر في حق المعلق بل يقتصر، وللبائع خيار الفسخ. والإجازة في هذا البيع قبل القبض وبعده؛ لأن الملك وإن ثبت بعد القبض، لكنه غير لازم، لأجل الفساد، فيثبت له خيار الفسخ والإجازة قبل القبض وبعده دفعاً للفساد.

وأما المشتري فله حق الفسخ قبل القبض؛ لأنه لا حكم لهذا البيع قبل القبض وليس له

---

(١) في أ: أو الصدقة.

(٢) في أ: أعتق.

حق الفسخ بعد القبض لأنه طائع في الشراء، فكان لازماً في جانبه، لكن إنما يملك البائع فسخ هذا العقد إذا كان بمحل الفسخ، فأما إذا لم يكن بأن تصرف المشتري تصرفاً لا يحتمل الفسخ، كالإعتاق والتدبير والاستيلاد لا يملك الفسخ وتلزمه القيمة، وإن تصرف تصرفاً يحتمل الفسخ كالبيع والإجارة والكفالة[1] ونحوها يملك الفسخ بخلاف سائر البياعات الفاسدة، فإن تصرف المشتري بإزالة الملك يوجب بطلان حق الفسخ أي تصرف كان.

ووجه الفرق: أن حق الفسخ هناك ثبت لمعنى يرجع إلى المملوك من الزيادة والجهالة ونحو ذلك، وقد زال ذلك المعنى بزوال المملوك عن ملك المشتري بطل حق الفسخ، فلما ثبت حق الفسخ لمعنى يرجع إلى المالك، وهو كراهته، وفوات رضاه وإنه قائم، فكان حق الفسخ ثابتاً.

وكذلك لو باعه المشتري الثاني حتى تداولته الأيدي، له أن يفسخ العقود كلها لما ذكرنا. وكذا إنما يملك الإجازة إذا كان بمحل الإجازة، فأما إذا لم يكن بأن تصرف المشتري تصرفاً، لا يحتمل الفسخ لا تجوز إجازته، حتى لا يجب الثمن على المشتري، بل تجب عليه قيمة العبد؛ لأن قيام المحل وقت الإجازة شرط لجواز الإجازة، لأن الحكم يثبت في المحل ثم يستند والهالك لا يحتمل الملك، فلا يحتمل الإجازة والمحل بالإعتاق صار في حكم الهالك، وتقرر هلاكه؛ لأنه لا يحتمل الفسخ فيتقرر على المشتري قيمته، وإن تصرف تصرفاً يحتمل الفسخ كالبيع ونحوه يملك الإجازة وإن تداولته الأيدي. وإذا أجاز واحداً من العقود جازت العقود كلها ما بعد هذا العقد وما قبله أيضاً، بخلاف الغاصب إذا باع المغصوب ثم باعه المشتري هكذا حتى تداولته الأيدي وتوقفت العقود كلها فأجاز المالك واحداً منها إنما كان يجوز ذلك العقد خاصة دون غيره.

٣/٢٣٦ب ولو لم يجز المالك شيئاً/ من العقود، ولكنه ضمن واحداً منهم يجوز ما بعد عقده دون ما قبله.

والفرق: أن في باب الغصب، لم ينفذ شيء من العقود بل توقف نفاذ الكل على الإجازة فكانت الإجازة شرط النفاذ، فينفذ ما لحقه الشرط دون غيره. أما هٰهنا فالعقود ما توقف نفاذها على الإجازة لوقوعها نافذة قبل الإجازة؛ إذ الفساد لا يمنع النفاذ فكانت الإجازة إزالة الإكراه من الأصل. ومتى جاز الإكراه من الأصل جاز العقد الأول فيجوز العقود كلها، فهو الفرق، وبخلاف ما إذا ضمن المغصوب منه أحدهم؛ لأنه ملك المغصوب عند اختيار أخذ الضمان منه

(١) في أ: الكتابة.

(٢) في ط: جاز.

من وقت جنايته وهو القبض؛ إما بطريق الظهور، وإما بطريق الاستناد؛ على ما عرف في مسائل الخلاف، فلا يظهر فيما قبله من العقود، وهٰهنا بخلافه على ما مر.

وإذا قال البائع: أجزت، جاز البيع؛ لأن المانع من الجواز هو الإكراه، والإجازة إزالة الإكراه وكذا إذا قبض الثمن، لأن قبض الثمن دليل الإجازة كالفضولي إذا باع مال غيره، فقبض المالك الثمن. ولو لم يعتقه المشتري الأول، ولكن[1] أعتقه المشتري قبل الإجازة نفذ إعتاقه، لأن الملك ثابت له بالشراء؛ وسواء كان قبض العبد أولا؛ لأن شراءه صحيح فيفيد الملك بنفسه، بخلاف إعتاق المشتري الأول قبل القبض؛ لأن البيع الفاسد لا يفيد الملك بنفسه بل بواسطة القبض.

ولو أعتقه المشتري الأخير ثم أجاز البائع العقد الأول لم تجز إجازته حتى لا يملك المطالبة بالثمن، بل تجب القيمة. وهو بالخيار إن شاء رجع بها على المكره والمكره يرجع على المشتري الأول، وإن شاء رجع على أحد المشتريين أيهما كان. أما الرجوع على المكره؛ فلما ذكرنا في إعتاق المشتري الأول أنه[2] أتلف عليه ملكه معنى، فله أن يأخذ منه ضمان الإتلاف، وللمكره أن يرجع بذلك على المشتري الأول؛ لأنه ملك المضمون بأداء الضمان فنزل منزلة البائع وكان للبائع أن يرجع عليها بالضمان، فكذا له، ويصح كل عقد وجد بعد ذلك، وإن شاء المكره رجع على أحد المشتريين أيهما شاء؛ لأن كل واحد منهما في حق البائع بمنزلة غاصب الغاصب، فإن اختار تضمين المشتري الأول برىء المكره، وصحت البياعات كلها؛ لأنه ملك المشتري الأول باختيار تضمينه، فتبين أنه باع ملك نفسه فصح؛ فيصح كل بيع وجد بعد ذلك.

وإن اختار تضمين المشتري الآخر، صح كل بيع وجد بعد ذلك، وبطل كل بيع كان قبله، لأنه لما اختار تضمينه، فقد خصه بملك المضمون، فتبين أن كل بيع كان قبله كان بيع ما لا يملكه البائع، فبطل، والله أعلم.

هذا إذا كان المكره هو البائع فأما إذا كان المكره هو المشتري دون البائع فلكل واحد منهما حق الفسخ قبل القبض وبعد القبض حق الفسخ للمشتري دون البائع؛ لما ذكرنا في إكراه البائع، وللمشتري أن يجيز هذا العقد؛ كما للبائع إذا كان مكرهاً.

ولو أكره على الشراء والقبض، ودفع الثمن والمشتري عبد، فأعتقه المشتري، فذلك إجازة للبيع؛ لأن هذه التصرفات لا تحتمل الفسخ بعد وجودها فكان الإقدام عليها التزاماً

---

(١) في أ: ولكنه.

(٢) في أ: لأنه.

للمالك؛ كالمشتري بشرط الخيار إذا فعل شيئاً من ذلك. وكذلك لو كان المشتري أمة فوطئها أو قبلها بشهوة فهو إجازة للبيع؛ لأنه لو نقض البيع لتبين أن الوطء صادف ملك الغير، وذلك حرام، والظاهر من حال المسلم التحرز عن الحرام، فكان إقدامه عليه التزاماً للبيع دلالة.

ولو لم يقبضه المشتري؛ حتى أعتقه البائع، نفذ إعتاقه؛ لأنه على ملكه قبل التسليم، وإن أعتقه المشتري نفذ إعتاقه استحساناً والقياس ألا ينفذ.

وجه القياس ظاهر لأنه أعتق ما لا يملكه ولا عتق فيما لا يملكه ابن آدم على لسان رسول الله ﷺ.

وجه الاستحسان أن المشتري يملك إجازة هذا البيع فإقدامه على الإعتاق إجازة له تصحيحاً لتصرفه؛ وهذا لأن تصرف العاقل تجب صيانته عن الإلغاء ما أمكن/ ولا صحة لتصرفه إلا بالملك. ولا يثبت الملك قبل القبض إلا بالإجازة فيقتضي الإعتاق إجازة هذا العقد سابقاً عليه، أو مقارناً له تصحيحاً له؛ كما في قوله لغيره أعتق عبدك عني على ألف درهم، ولهذا نفذ إعتاق المشتري بشرط الخيار. كذا هذا.

٣/ ٢٣٧أ

هذا إذا أعتقه المشتري وحده، ولو أعتقاه جميعاً معاً قبل القبض، فإعتاق البائع أولى لوجهين:

أحدهما: أن ملك البائع ثابت مقصوداً، وملك المشتري يثبت ضمناً للإجازة الثابتة ضمناً للإعتاق، فكان تنفيذ إعتاق البائع أولى.

والثاني: أن ملك البائع ثابت في الحال، وملك المشتري يثبت في الثاني، فاعتبار الموجود للحال أولى؛ هذا إذا كان المكره هو البائع أو المشتري، فأما إذا كانا جميعاً مكرهين على البيع والشراء، فلكل واحد منهما خيار الفسخ والإجازة، لأن البيع فاسد في حقهما والثابت بالبيع الفاسد ملك غير لازم، فكان بمحل الفسخ والإجازة، فإن أجازا جميعاً جاز، وإن أجاز أحدهما دون الآخر جاز في جانبه، وبقي الخيار في حق صاحبه.

ولو أعتقه المشتري قبل وجود الإجازة من أحدهما أصلاً نفذ إعتاقه، ولزمه القيمة، لأن الإعتاق تصرف لا يحتمل النقض فكان إقدامه عليه التزاماً للبيع في جانبه، ولا تجوز إجازة البائع بعد ذلك؛ لأنه خرج من أن يكون محلاً للإجازة بالإعتاق؛ لما ذكرنا أن قيام المحل وقت الإجازة شرط صحة الإجازة وقد هلك بالإعتاق.

ولو لم يعتقه المشتري، ولكن أجاز أحدهما البيع، ثم أعتقاه معاً نفذ إعتاق البائع، وبطل إعتاق المشتري؛ لأنه لا يخلو: إما أن كانت الإجازة من المشتري أو من البائع، فإن كانت من المشتري نفذ إعتاق البائع؛ لأن إجازة المشتري لم تعمل في جانب البائع، فبقي البائع على

خياره، فإذا أعتق نفذ إعتاقه وبطل إعتاق المشتري؛ لأنه أبطل خياره بالإجازة، وإن كانت الإجازة من البائع فتنفيذ إعتاقه أولى أيضاً؛ لما ذكرنا من الوجهين في إكراه المشتري.

ولو أجاز البائع البيع، ثم أعتق المشتري، ثم أعتق البائع بعده نفذ إعتاق المشتري، ولزمه الثمن، ولا ينفذ إعتاق البائع.

أما نفوذ إعتاق المشتري، فلبقاء الخيار له.

وأما عدم نفوذ إعتاق البائع فلسقوط خياره بالإجازة.

وأما لزوم الثمن المشتري فللزوم البيع في الجانبين جميعاً، والله تعالى أعلم. ويستوي أيضاً في باب البيع والشراء الإكراه التام والناقص، لأن كل ذلك يفوت الرضا، ويستوي في الإكراه على البائع تسمية المشتري وترك التسمية حتى يفسد البيع في الحالين جميعاً؛ لأن غرض المكره في الحالين جميعاً واحد وهو إزالة ملك البائع؛ وذلك يحصل بالبيع من أي إنسان كان.

ولو أوعده بضرب سوط أو الحبس يوماً أو القيد يوماً، فليس ذلك من الإكراه في شيء لأن ذلك لا يغير حال المكره عما كان عليه من قبل؛ هذا إذا ورد الإكراه على البيع والتسليم، فأما إذا ورد على التوكيل بالبيع والتسليم فباع الوكيل وسلم، وهو طائع والمبيع عبده فمولى العبد بالخيار، إن شاء ضمن المكره، وإن شاء ضمن الوكيل أو المشتري، فإن ضمن الوكيل رجع على المشتري وإن ضمن المشتري لا يرجع على أحد.

أما ولاية تضمين المكره: فلأن الإكراه على التوكيل بالبيع إكراه على البيع لكن بواسطة التوكيل؛ لأن التوكيل بالبيع تسبيب إلى إزالة اليد، وإنه إتلاف معنى، فكان التلف بهذه الواسطة مضافاً إلى المكره، فكان له ولاية تضمين المكره.

وأما تضمين الوكيل: فلأنه قبض ماله بغير رضاه، وكذلك المشتري، وقبض مال الإنسان بغير رضاه سبب لوجوب الضمان، فكان له ولاية تضمين أيهما شاء، فإن ضمن الوكيل يرجع عن المشتري بقيمة العبد؛ لأنه لما أدى الضمان فقد نزل منزلة البائع فيملك تضمينه، كالبائع، ولكن لا ينفذ ذلك البيع بأداء الضمان لأنه ما ملكه بأداء الضمان، لأنه لم يبعه لنفسه، بل لغيره وهو المالك فيقف نفاذه على إجازة من وقع له العقد، وهو المالك/ لا على فعل يوجد منه وهو أداء الضمان؛ وهذا بخلاف ما إذا باع الغاصب المغصوب، ثم أدى الضمان أنه ينفذ بيعه لأن هناك باعه لنفسه لا لغيره وهو المالك لأنه ملكه بأداء الضمان فجاز وقوفه على فعله وهو أداء الضمان وجاز وقوفه على فعل مالكه أيضاً قبل أداء الضمان؛ لأن الغاصب إنما يملكه بأداء الضمان ومن الجائز أن لا يختار المالك الضمان فلا يملكه الغاصب لذلك وقف على إجازة المالك.

٣/ ٢٣٧ب

وإن اختار تضمين المشتري لا يرجع المشتري على أحد؛ لأن القيمة بدل المبيع وقد سلم له المبدل؛ ثم إن كان البائع قبض الثمن من المشتري يسترده منه وإن كان لم يقبضه فلا شيء، والله سبحانه وتعالى أعلم.

هذا إذا كان كالإكراه تامًّا، فإن كان ناقصاً لا يرجع المكره بالضمان على المكره؛ لأن الإكراه الناقص لا يوجب نسبة الإتلاف إليه؛ على ما بينا، ولكنه يرجع إلى الوكيل أو المشتري لما بينا والله أعلم.

وأما الإكراه على الهبة، فيوجب فسادها كالإكراه على البيع، حتى إنه لو وهب مكرهاً وسلم مكرهاً ثبت الملك، كما في البيع إلا أنهما يفترقان من وجه وهو أن في باب البيع إذا باع مكرهاً وسلم طائعاً يجوز البيع، وفي باب الهبة مكرهاً لا يجوز، سواء سلم مكرهاً أو طائعاً؛ وقد بينا الفرق بينهما فيما تقدم وكذلك تسليم الشفعة من هذا القبيل؛ أنه لا يصح مع الإكراه لأن الشفعة في معنى البيع؛ ألا ترى أنه لا يتعلق صحته باللسان كالبيع حتى تبطل الشفعة بالسكوت فأشبه البيع ثم البيع يعمل عليه الإكراه فكذلك تسليم الشفعة.

ومن هذا القبيل الإكراه على الإبراء عن الحقوق لأن الإبراء فيه معنى التمليك ولهذا لا يحتمل التعليق بالشرط ولا يصح في المجهول كالبيع، ثم البيع يعمل عليه الإكراه، فكذلك الإبراء عن الكفالة بالنفس إبراء عن حق المطالبة بتسليم النفس الذي هو وسيلة المال، فكان ملحقاً بالبيع الذي هو تمليك المال، فيعمل عليه الإكراه؛ كما يعمل على البيع والله أعلم.

هذا إذا كان الإكراه على الإنشاء، فأما إذا كان على الإقرار، فيمنع صحة الإقرار، سواء كان المقر به محتملاً للفسخ، أو لم يكن؛ لأن الإقرار إخبار، وصحة الإخبار عن الماضي بوجود المخبر به سابقاً على الإخبار، والمخبر به هٰهنا يحتمل الوجود والعدم، وإنما يترجح جنبه الوجود على جنبه العدم بالصدق وحال الإكراه لا يدل على الصدق، لأن الإنسان لا يتحرج عن الكذب حالة الإكراه فلا يثبت الرجحان، ولأن الإقرار من باب الشهادة. قال الله تبارك وتعالى: ﴿يَأَيُّهَا الَّذين آمَنُوا كُونُوا قَوَّامِين بالْقِسْطِ شُهَدَاءَ لله وَلَوْ عَلَى أَنْفُسِكُمْ﴾ [النساء: ١٣٥] والشهادة على أنفسهم ليس إلا الإقرار على أنفسهم والشهادة ترد بالتهمة وهو متهم حالة الإكراه.

ولو أكره على الإقرار بالحدود والقصاص لما قلنا بل أولى لأن الحدود والقصاص تسقط بالشبهات فأما المال فلا يسقط بالشبهة، فلما لم يصح هناك فلأن لا يصح هٰهنا أولى.

ولو أكره على الإقرار بذلك، ثم خلى سبيله قبل أن يقر به، ثم أخذه، فأقر به من غير تجديد الإكراه، فهذا على وجهين:

إما أن توارى عن بصر المكره حين ما خلى سبيله، وإما أن لم يتوار عن بصره، حتى[1] بعث من أخذه ورده إليه، فإن كان قد توارى عن بصره، ثم أخذه فأقر إقراراً مستقبلاً، جاز إقراره؛ لأنه لما خلى سبيله حتى توارى عن بصره، فقد زال الإكراه عنه، فإذا أقر به من غير إكراه جديد، فقد أقر طائعاً فصح.

وإن لم يتوار عن بصره بعد حتى رده إليه، فأقر به من غير تجديد الإكراه لم يصح إقراره، لأنه إذا لم يتوار عن بصره، فهو على الإكراه الأول.

ولو أكره على الإقرار بالقصاص، فأقر به، فقتله حين ما أقر به من غير بينة، فإن كان المقر معروفاً بالدعارة يدرأ عنه القصاص استحساناً.

وإن لم يكن معروفاً بها يجب القصاص، والقياس ألاً يجب القصاص كيفما كان.

وجه القياس: أن الإقرار زال عنه الإكراه لما لم يصح شرعاً، صار وجوده وعدمه بمنزلة واحدة فصار؛ كما لو/ قتله ابتداء. ٣/٢٣٨

وجه الاستحسان: أن الإقرار إن كان لا يصح مع الإكراه، لكن لهذا الإقرار شبهة الصحة إذا كان المقر معروفاً بالدعارة لوجود دليل الصدق في الجملة، وذا يورث شبهة في وجوب القصاص فبدأ للشبهة. وإذا لم يكن معروفاً بالدعارة فإقراره لا يورث شبهة في الوجوب فيجب.

ومثال هذا إذا دخل رجل على رجل في منزله، فخاف صاحب المنزل أنه ذاعر دخل عليه ليقتله، ويأخذ ماله فبادره وقتله، فإن كان الداخل معروفاً بالذعارة لا يجب القصاص على صاحب المنزل. وإن لم يكن معروفاً بالذعارة يجب القصاص عليه. كذا هذا. وإذا لم يجب القصاص يجب الأرش؛ لأن سقوط القصاص للشبهة، وإنها لا تمنع وجوب المال.

وروى الحسن عن أبي حنيفة رضي الله عنهما أنه لا يجب الأرش أيضاً إذا كان معروفاً بالذعارة.

فصل

وَأَمَّا بَيَانُ حُكْم مَا عَدَلَ المُكْرَهُ إِلىٰ غَيْرِ مَا وَقَعَ عَلَيْهِ الإِكْرَاهُ أَوْ زَادَ عَلَىٰ مَا وقَعَ عَلَيْهِ الإِكْرَاهُ أَوْ نَقصَ عَنْهُ، فَنَقُولُ وَبِالله التَّوْفِيقُ.

(١) في أ: حين.

العُدُولُ عَمَّا وَقَعَ عَلَيْهِ الإِكْرَاهُ إِلَىٰ غَيْرِهِ لاَ يَخْلُو مِنْ وَجْهَيْنِ: إِمَّا أَنْ يَكُونَ بِالْعَقْدِ فِي الاعتِقَادَاتِ، أَوْ بِالْفِعْلِ فِي المُعَامَلاَتِ، أما حكم العدول عما وقع عليه الإكراه بالعقد في الاعتقادات فقد ذكرناها فيما تقدم.

وأما العدول إلى غير ما وقع عليه الإكراه بالفعل في المعاملات، فنقول: إذا عدل المكره إلى غير ما وقع عليه الإكراه بالفعل جاز ما فعل، لأنه طائع فيما عدل إليه؛ حتى لو أكره على بيع جاريته، فوهبها جاز، لأنه عدل عما أكره عليه لتغاير البيع والهبة.

وكذلك لو طولب بمال، وذلك المال أصله باطل، وأكره على أدائه ولم يذكر له بيع الجارية فباع جاريته جاز البيع؛ لأنه في بيع الجارية طائع. ولو أكره على الإقرار بألف درهم، فأقر بمائة دينار أو صنف آخر غير ما أكره عليه جاز؛ لأنه طائع فيما أقر به؛ وهذا بخلاف ما إذا أكره على أن يبيع عبده من فلان بألف درهم فباعه منه بمائة دينار، أن البيع فاسد استحساناً جائز قياساً فقد اعتبر الدراهم والدنانير جنسين مختلفين في الإقرار قياساً واستحساناً، واعتبرها جنساً واحداً في الإنشاء استحساناً لأنهما جنسان مختلفان حقيقة إلا أنهما جعلا جنساً [واحداً][1] في موضع الإنشاء، بل خالف الحقيقة لمعنى هو منعدم في الإقرار، وهو أن الفائت بالإكراه هو الرضا طبعاً، والإكراه على البيع بألف درهم كما يعدم الرضا بالبيع بألف درهم يعدم الرضا بالبيع بمائة دينار قيمته ألف لاتحاد المقصود منها وهو الثمنية، فكان انعدام الرضا بالبيع بأحدهما دليل على انعدام الرضا بالبيع بالآخر، فكان الإكراه على البيع بأحدهما إكراهاً على البيع بالآخر؛ بخلاف ما إذا أكره على البيع بألف، فباعه بمكيل أو موزون آخر سوى الدراهم والدنانير، لأن هناك المقصود مختلف، فلم يكن كراهة البيع بأحدهما كراهة البيع بالآخر، وهذا المعنى لا يوجد في الإقرار لأن بطلان إقرار المكره؛ لانعدام رجحان جانب الصدق على جانب الكذب في اختياره[2] بدلالة الإكراه فيختص بمورد الإكراه وهو الدراهم، فكان صادقاً في الإقرار بالدنانير لانعدام المانع من الرجحان فيه، فهو الفرق.

وأما إذا زاد على ما وقع عليه الإكراه بأن أكره على الإقرار بألف درهم فأقر بألفين جاز إقراره بألف وبطل بألف؛ لأنه في الإقرار بالألف الزائد طائع، فصح.

ولو أكره على الإقرار لفلان، فأقر له ولغيره، فإن صدقه الغير في الشركة لم يجز أصلاً بالإجماع وإن كذبه، فكذلك عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وعند محمد يجوز في نصيب الغير خاصة.

وجه قول محمد: إن المانع من الصحة عند التصديق هو الشركة في مال لم يصح الإقرار

---

(١) سقط في ط.

(٢) في أ: إجباره.

بنصفه شائعاً، فإذا كذبره لم يثبت الشركة، فيصح إقراره للغير؛ إذ هو فيما أقر له به طائع.

وجه قولهما: إن الإقرار إخبار، وصحة الإخبار عن الماضي بوجود المخبر به سابقاً على الإخبار والمخبر به ألف مشتركة/ ، فلو صح إقراره لغير المقر له بالإكراه لم يكن المخبر به ٣/٢٣٨ب على وصف الشركة فلم يصح إخباره عن المشترك، فلم يصح إقراره، وهذه فريعة اختلافهم في المريض مرض الموت إذا أقر لوارثه ولأجنبي بالدين أنه لا يصح إقراره أصلاً بالإجماع إن صدقه الأجنبي بالشركة وإن كذبه، فعلى الاختلاف الذي ذكرنا.

ولو أكره على هبة عبده لعبد الله، فوهبه لعبد الله وزيد، فسدت الهبة في حصة عبد الله، وصحت في حصة زيد، لأنه مكره في حصة عبد الله لورود الإكراه على كل العبد والإكراه على كل الشيء إكراه على بعضه، فلم تصح الهبة في حصته طائع في حصة زيد، وإنه هبة المشاع فيما لا يحتمل القسمة فصحت في حصته. ولو كان مكان العبد ألف، فالهبة في الكل فاسدة بالإجماع بين أصحابنا أما على أصل أبي حنيفة رضي الله عنه فظاهر؛ لأن هبة الطائع من اثنين لا تصح عنده فهبة المكره أولى.

وأما أعلى أصلهما: فلأنه لما وهب الألف منهما، والهبة من أحدهما لا تصح بحكم الإكراه، كان واهباً نصف الألف من الآخر، وهذه هبة المشاع فيما يحتمل القسمة، وإنه لا يَصح بلا خِلاَفٍ بين أصحابنا؛ بخلاف حالة الطواعية، والله تعالى أعلم.

هذا إذا زاد على ما وقع عليه الإكراه، فأما إذا نقص عنه بأن أكره على الإقرار بألف درهم فأقر بخمسمائة فإقراره باطل؛ لأن الإكراه على ألف إكراه على خمسمائة؛ لأنها بعض الألف، والإكراه على كل شيء إكراه على بعضه فكان مكرهاً بالإقرار[1] بخمسمائة فلم يصح.

ولو أكره على بيع جاريته بألف درهم، فباعها بألفين، جاز البيع بالإجماع ولو باعها بأقل من ألف، فالبيع فاسد استحساناً جائز قياساً.

وجه القياس: أن المكره عليه هو البيع بألف، فإذا باع بأقل منه فقد عقد عقداً آخر، إذ البيع بألف غير البيع بخمسمائة، فكان طائعاً فيه فجاز.

وجه الاستحسان: أن غرض المكره هو الإضرار بالبائع بإزالة ملكه وإن قل الثمن، فكان الإكراه على البيع بألف إكراهاً على البيع بأقل منه فبطل، بخلاف ما إذا باعه بألفين، لأن حال المكره دليل على أنه لا يأمره بالبيع بأوفر الثمنين، فكان طائعاً في البيع بألفين فجاز؛ والله سبحانه وتعالى أعلم.

---

(١) في أ: في الإقرار.

كتاب المأذون[1]

الكَلاَم في هذا الكِتَاب يقع في مواضعَ.

في بيان رُكْن الإذْن بالتجارة، وفي بَيَان شرائط الرُكن.

وفي بيان ما يَظْهر به الإذْن بالتِّجارة.

وفي بَيَان ما يملك المأذون من التصرُّف وما لا يملك.

وفي بيان ما يملك المولى من التصرُّف في المأذون وكسبه وما لا يَمْلك.

وفي بيان حكم تصرُّفه.

وفي بيان حكم الغرور في العَبْد المأذون.

وفي بيان حُكْم الدين الذي يلحق المأذُون.

وفي بيان ما يبطل به الإذن ويَصِير محْجُوراً.

وفي بيان حكم تصرف المحْجُور.

أما الأول فنقول وبالله التَّوفيق: ركن الإذْن بالتِّجارة نوعان: صريح ودلالة.

والصريح نوعان: خاص وعام، وكل واحد منهما أنواع ثلاثة: منجز ومعلق بشرط، ومضاف إلى وَقْت.

---

(١) الإذن: الإعلام لغة وفي الشرع: فك الحجر عن المحجور عليه، والإذن له بالتصرف بالمال والعقود. انظر البناية شرح الهداية (٨/ ٢٧٨ ـ ٢٨٥).

وفي النهاية: الإذن في الشيء: رفع المانع لمن هو محجور عنه وإعلام بإطلاقه فيما حجر عليه، من أذن له في الشيء إذناً، وأبعد الإمام الزيلعي حيث قال: إنه الإعلام، ومنه الأذان وهو الإعلام، لأن الإذن من أذن في كذا إذا أباحه، والأذان من أذن بكذا إذا أعلم اهـ. وفي أبي السعود: قال قاضي زاده في التكملة: لم أر قط كتب اللغة يجيء الإذن بمعنى الإعلام ينظر المختار (٩/ ٢٢٨).

أما الخاص المنجز: فهو أن يأذن له في شيءٍ بعينه مما لا يؤذن في مثله للتجارة عادة بأن يَقُول له: اشتر لي بدرهم لحماً أو اشتر لي طعاماً رزقاً لي أو لأهلي أو لك، أو اشْتَرِ لي ثوباً أو لأهلي أو لأهْلِك، أو اشتر ثوباً أقطعه قميصاً، ونحو ذلك مما لا يقْصد به التجارة عادة، ويصير مأذوناً فيما تناوله الإذن خاصة استحساناً، والقياس أن يصير مأذوناً بالتِّجارات كلها؛ لأن الإذن بالتجارة مما لا يجزي[١] فكان الإذْن في تجارة إذناً في الكُلِّ.

وجه الاستحسان: أن الإذن على هذا الوَجْه لا يوجد إلاَّ على وجه الاسْتِخْدَام عرفاً وعادة، فيحمل على المتعارف وهو الاستخدام دون الإذن بالتِّجارة، مع ما أنه لو جعل الإذن بمثله إذناً بالتِّجارات كلها لصار المأذون بشراء البقل مأذوناً في التِّجارة، وفيه سد باب اسْتِخدام المماليك وبالناس حاجة إليه فاقتصر على مورد الضَّرورة.

وأما العام المنجز: فهو أن يقول: أَذِنْت لك في التِّجارات أو في التجارة[٢]، ويصير مأذوناً في الأنْواع كلها بالإجماع.

وأما إذا أذن له في نوع[٣] بأن قال: اتجر في البر أو في الطَّعام أو في الدقيق يصير/ مأذوناً في التجارات كلها عندنا. ٣/٢٤٨ب

وعند زفر والشافعي[٤] - رحمهما الله -: لا يصير مأذوناً إلا في النَّوع الذي تناوله ظاهر الإذن، وكذلك إذا قال له: اتجر في البر ولا تتجر في الخبز[٥] لا يصحُّ نهيه وتصرفه ويصير مأذوناً في التِّجارات كلها. وعلى هذا إذا أذِن له في ضَرْب من الصَّنائع؛ بأن قال له: اقعد قصاراً أو صباغاً يصير مأذوناً في التِّجارات والصنائع كلها، حتى كان له أن يقْعد صيرفياً وصائغاً، وكذلك إذا أذن له أن يتجر شهراً أو سنة، يصير مأذوناً أبداً ما لم يحجر عليه. وجه قولهما: إن العبد متصرّف عن إذن فلا يتعدَّى تصرفه مورد الإذن كالوكيل والمضارب، ولهذا يثبت حكم تصرفه لمولاه.

ولنا أن تقييد الإذن بالنوع غير مفيد فيلغو استدلالاً بالمكاتب، وهذا لأن فائدة الإذن بالتجارة تمكين العبد من تَحْصِيل النفع المطلوب من التجارة وهو الرِّبح، وهذا في النَّوعين

---

(١) في أ: يتجزأ.

(٢) لأن اللفظ يتناول جميع أنواع التجارات.

(٣) من التجارة أو بوقت أو بمعاملة شخص أو بمكان وأما لو أمره بشراء شيء بعينه كالطعام والكسوة لا يكون مأذوناً له لأنه استخدام. ينظر رد المختار (٩/ ٢٣٣).

(٤) بناء على أنه توكيل عندهما وعند علماء الحنفية إسقاط.

(٥) في أ: الخز.

على نمطٍ واحد؛ وكذا الضَّرر الذي يلزمه[١] في العقد عسى لا يَتَفاوت، فكان الرِّضا بالضرر في أحد النوعين رضاً به في النَّوع الآخر، فلم يكن التقييد بالنوع مفيداً فيلغو ويبقى الإذن بالتجارة عاماً، فيتناول الأنواع كلها مع ما أنه وجد الإذن في النوع الآخر دلالة؛ لأن الغرض من الإذن هو حصول الربح، والنّوعان في احتمال الربح على السّواء، فكان الإذن بأحدهما إذناً بالآخر دلالة؛ ولهذا يملك قبول الهبة والصَّدقة من غير إذن المولى [صريحاً][٢] لوجوده دلالة؛ كذا ههنا.

وأما الخاصّ المعلق بشرط فهو أن يقول: إن قدم فلان فاشتر لي بدرهم لحماً ونحو ذلك، والمضَاف إلى وقت أن يقول: اشترِ لي بدرهم لحماً غداً أو رأس شهر كذا.

وأما العام المعلق بشرط فهو أن يقول: إن قدم فلان فقد أذنت لك بالتجارة والمضاف إلى وقت أن يقول: أذنت لك بالتجارة غداً أو رأس شهر كذا، وكل واحد من النوعين يصح معلقاً ومضافاً كما يصح مطلقاً، بخلاف الحجر أنه لا يصح تعليقه بشرط ولا إضافة، إلى وقت بأن يقول المأذون: إن قدم فلان فأنت محجور، أو فقد حجرت عليك غداً أو رأس شهر كذا.

ووجه الفرق: أن الإذن تصرف إسقاط؛ لأنَّ انحجار العبد ثبت حقاً لمولاه وبالإذن أسقطه، والإسقاطات تحتمل التعليق والإضافة كالطلاق والعتاق ونحوهما: فأما الحجر فإثبات الحق وإعادته، والإثبات[٣] لا يحتمل التَّعليق والإضافة كالرجعة ونحوها؛ ولهذا قال أصحابنا: إن الإذن لا يحتمل التَّوقيت. حتى لو أذن لعبده بالتِّجارة شهراً أو سنة، يصير مأذوناً أبداً ما لم يوجد المبطل للإذن كالحجر وغيره، إلا أن يؤقت الإذن إلى وقت إضافة الحجر إليه؛ لأن معناه إذا مضى شهر أو سنة فقد حَجَرت عليك، أو حجرت عليك رأس شهر كذا، والحجر لا يحتمل الإضافة إلى الوقت، فلغت الإضافة وبقي الإذن بالتِّجارة مطلقاً إلى أن يوجد المبطل.

وأما الإذن بطريق الدلالة فنحو أن يرى عبده يبيع ويشتري ـ فلا ينهاه، ويصير مأذوناً في التّجارة عندنا إلا في البيع الذي صادفه السّكوت[٤]، وأما في الشراء فيصير مأذوناً.

وعند زفر والشافعي ـ رحمهما الله ـ: لا يصير مأذوناً.

---

(١) في أ: يلزم.

(٢) سقط في أ.

(٣) في أ: والإثباتات.

(٤) في الحقائق: إنما يجعل سكوت المولى إذناً لم يسبق منه ما يوجب نفي الإذن حالة السكوت كقوله: إذا رأيتم عبدي يتجر فسكت، فلا إذن له بالتجارة، ثم رآه يتجر فسكت لا يصير مأذوناً اتفاقاً. ينظر المختار (٩/ ٢٣٠).

وجه قولهما: أن السكوت يحتمل الرِّضا ويحتمل السخط، فلا يصلح دليل الإذن مع الاحتمال؛ ولهذا لم ينفذ تصرّفه الذي صادفه السكوت.

ولنا: أنه يرجح جانب الرِّضا على جانب السخط؛ لأنه لو لم يكن راضياً لنهاه؛ إذ النهي عن المنكر واجب، فكان احتمال السخط احتمالاً مرجوحاً، فكان ساقط الاعتبار شرعاً.

وأما التصرُّف الذي صادفه السكوت؛ فإن كان شراء ينفذ وإن كان بيعاً قائماً لم ينفذ لانعدام المقصود من الإذن بالتِّجارة على ما نذكره إن شاء الله تعالى، وسواء رآه يبيع بيعاً صحيحاً أو بيعاً فاسداً إذا سكت ولم ينهه - يصير مأذوناً، لأن وجه دلالة السكوت على الإذن لا يختلف.

وكذلك لو رآه المولى يبيع مال أجنبي فسكت؛ يصير مأذوناً[1] وإن لم يجز البيع لما قلنا؛ وكذلك لو باع مالَ مولاه والمولى حاضر فسكت - لم يجز ذلك البيع، ويصير مأذوناً في التجارة؛ لأن غرض المولى من الإذن بالتِّجارة حصول المنفعة دون المضرة، وذلك باكتساب ما لم يكن لا بإزالة الملك عن مالٍ كائن،/ ولا ينجبر هذا الضرر بالثمن؛ لأن النَّاس رغائب في الأعيان ما ليس في إبدالها، حتى لو كان شراء ينفذ؛ لأنه نفع محض، ثم لا حكم للسكوت إلا في مواضع: ٣/٢٤٩أ

منها: سكوت المولى عند تصرُّف العبد بالبيع والشِّراء وقد ذكرناه.

ومنها: سكوت البالغة البكر عند استِئْمَار الولي أنه يكون إذناً وقت العَقْد وبعده يكون إجازة.

ومنها سكوت الشفيع إذا علم بالشِّراء أنه يكون تسليماً للشفعة.

ومنها: سكوت الواهب أو المتصدق عند قبض الموهوب له والمتصدّق عليه بحضرته - أن يكون إذناً بالقبض.

ومنها: سكوت مجهول[2] النسب إذا باعه إنسان بحضرته، وقال له: قم فاذهب مع مولاك فقام وسكت - أنه يكون إقراراً منه بالرق، حتى لا تسمع دعواه الحريّة بعد ذلك.

---

(١) وأفاد الزيلعي أنه إذا رأى أجنبياً يبيع ماله وسكت، فإن سكوته لا يكون إذناً له، وكذا لو أتلف مال غيره وصاحبه ينظر وهو ساكت حتى كان له أن يطالبه بالضمان اهـ.
قال بعض الفضلاء: ولينظر هذا مع قول الفصول العمادية في الثالث والثلاثين: ولو شق زق غيره فسأل ما فيه وهو ساكت فإنه يكون رضا، اللهم إلا أن يحمل ما هنا على الإتلاف الغير الممكن تداركه، فليتأمل اهـ. ينظر رد المختار (٩/ ٢٣٠).

(٢) في ط: المجهول.

وأما سكوت البائع بيعاً صحيحاً بثمن حال عند قبض المُشْتَري بحضرته هل يكون إذناً بالقبض؟ ذكر فيها ظاهر الرواية أنه لا يكون إذناً بالقبض وذكر الطحاوي ـ رحمه الله ـ: أنه يكون إذناً كما في البيع الفاسد، ودلائل هذه المسائل نذكرها في موضعها إن شاء الله تعالى.

وعلى هذا إذا قال لعبده: أدِّ إليَّ كل يوم كذا أو كل شهر كذا، يصير مأذوناً؛ لأنه لا يتمكن من أداء الغلة إلا بالكسب، فكان الإذن بأداء الغلة إذناً بالتجارة، وكذلك لو قال لعبده [أدّ إلي][1] ألفا وأنت حر، أو قال: إن أديت إلي ألفا فأنت حر يصير مأذوناً؛ لأن غرضه حمل العبد على العتق بواسطة تحصيل الشرط، ولا يتمكن من تحصيله إلا بالتصرُّف، فكان التعليق دليلاً على الإذن، وكذلك إذا قال له: أد إلي ألفا وأنت حُرٌّ، فهذا والأول سواء؛ لأن يستعمل في التعليق عرفاً وعادة.

ولو قال له: أد وأنت حر لا يصير مأذوناً ويعتق للحال؛ لأن هذا تنجيز وليس بتعليق، وعلى هذا إذا كاتب عبده يصير مأذوناً؛ لأنه لما كاتبه فقد جعله أحقّ بكسبه، ولا يكون ذلك إلا بالتِّجارة، والله تعالى أعلم.

فصل في شرائط الركن

وأما شرائط الركن فأنواع: منها أن يكون الإذن لمن يعقل التجارة؛ لأن الإذن بالتجارة لمن لا يعقل سفه، فأما البلوغ فليس بشرط لصحة الإذن، فيصح الإذن للعبد بالغاً كان أو صبياً بعد أن كان يعقل البيع والشراء، لما روي أن النبي ـ عليه الصَّلاة والسلام ـ كَانَ يُجِيبُ دَعْوَةَ المَمْلُوكِ مِنْ غَيْرِ فَصْلٍ[2]، فدل الحديث على جواز الإذن بالتجارة؛ لأنه ـ عليه الصلاة والسلام ـ ما كان ليجيبَ دعوة المَحْجُور ويأكل من كَسْبه، فتعين المأذون.

وكذا الإذن للأمة والمدبرة وأم الولد بعد أن عقلوا التِّجارة؛ لأن اسم المملوك يتناول الكُلّ، وكذا يجوز الإذن للصبي الحرّ بالتجارة إذا كان يعقل التِّجارة، وهذا عندنا.

وقال الشَّافعي ـ رحمه الله ـ: لا يجوز الإذن للصبي بالتجارة بحال، حرًّا كان أو عبداً؛ وكذا سلامة العقل عن الفساد أصلاً ليس بشرط لصحة الإذن عندنا، حتى يجوز الإذن للمعتوه الذي يعقل البيع والشراء بالتّجارة وعنده شرط. وجه قوله: إن الصبي ليس من أهل التجارة فلا يصحّ الإذن بالتجارة، وهذا لأن أهلية التِّجارة بالعقد الكامل؛ لأنها تصرّف دائر[3] بين الضَّرر

---

(١) في أ: إذا أديت.

(٢) أخرجه ابن ماجه (٢/ ٧٧٠) رقم (٢٢٩٦).

(٣) في ط: دائرة.

والنَّفع، فلا بد لها من كمال العقل وعقل الصبي ناقص، فلا يكفي لأهلية التجارة؛ ولهذا لم يعتبر عقله في الهبة والصّدقة والطلاق والعتاق. كذا ههنا.

ولنا: قوله تبارك وتعالى: ﴿وَٱبْتَلُوا ٱلْيَتَامَىٰ﴾ [النساء:٦] أمر سبحانه وتعالى الأولياء بابتلاء اليَتَامى، والابتلاء هو الإظهار، فابتلاء اليتيم إظهار عقله بدفع شيء من أمواله إليه، لينظر المولى أنه هل يقدر على حفظ أمواله عند النوائب، ولا يظهر ذلك إلا بالتجارة، فكان الأمر بالابتلاء إذناً بالتجارة، ولأن الصبي إذا كان يعقل التجارة يعقل النافع من الضَّار فيختار المنفعة على المضرّة ظاهراً، فكان أهلاً للتجارة كالبالغ، بخلاف الهبة، والصَّدقة والطلاق ونحوها؛ لأنها من التصرُّفات الضارة المحضة؛ لكونها إزالة ملك لا إلى عوض، فلم يجعل الصَّبي أهلاً لها؛ نظراً دفعاً للضرر عنه.

ومنها العلم بالإذن بالتِّجارة في أحد نوعي الإذن بلا خلاف.

وبيان ذلك: أن الإذن بالإضافة إلى النَّاس ضربان: إذن إسرار وإذن إعلان/ وهو المسمَّى بالخاص والعام في الكتاب؛ فالخاص أن يقول: أذنت لعبدي في التِّجارة لا على وجه ينادي أهل السُّوق فيقول: بايعوا عَبْدي فلاناً؛ فإني قد أذنت له في التِّجارة، ولا خِلاَف في أن العلم بالإذْن شرط لصحَّة الإذن في هذا النوع؛ لأن الإذن هو الإعلام، قال الله تعالى: ﴿وَأَذَانٌ مِنَ اللهِ وَرَسُولِهِ﴾ [التوبة:٣] أي: إعلام، والفعل لا يعرف إعلاماً إلا بعد تعلقه بالمعلم؛ ولأن إذن العبد يعتبر بإذن الشَّرع، ثم حكم الإذن من الشرع لا يثبت في حق المأذون إلا بعد علمه به، فعلى ذلك إذن العبد؛ ولهذا كان العلم بالوكالة شرطاً لصحتها على ما ذكرنا في كتاب الوكالةِ، كذا هذا؛ حتى لم يصحّ تصرف الوكيل قبل العلم بالوكالة وأما في الإذن العام فقد ذكرنا[1] في كتاب المأذون: أنه يصير مأذوناً وإن لم يعلم به العبد. ٣/٢٤٩ب

وذكر في «الزيادات» فيمن قال لأهل السوق: بايعوا ابني فلاناً فبايعوه، والصبي لا يعلم بالإذن ـ أنه لا يصير مأذوناً ما لم يعلم بإذن الأب، منهم من أثبت اختلاف الروايتين في جواز الإذن القائم[2] من غير عِلْم العبد، ومنهم مَن لم يثبت الاخْتِلاَف، وفرق بين العبد والصَّبي؛ فجعل العلم شرطاً في الصبي دون العَبْد.

ووجه الفَرْق: أن انحجار العبد لحق مولاه، فإذا أذن [أهل السوق][3] بمبايعته فقد أسقطَ حق نفسه، فانفكَّ الحجر فصار مأذوناً بخلاف الصبي؛ لأن انحجاره عن التصرُّف لحق نفسه لا لحق أبيه.

---

(١) في أ: ذكر. (٢) في أ: العام.
(٣) في ط: فإذا أذن انفك.

ألا ترى أن العهدة تلزمه دون أبيه، فشرط عليه بالإذن الذي هو إزالة الحجر ليكون لزوم العُهدة في التِّجارة مضافاً إليه، ويحتمل أن يفرق بينهما من وجه آخر؛ وهو أن الإذن على سبيل الاستفاضة[١] سبب لحصول العلم لهما جميعاً، إلا أن السبب لا يقام مقام المسبب إلا لضَرُورة، والضرورة في حق العبد دون الصَّبي؛ لأنَّ الناس يحتاجون إلى مبايعة العبد المأذون؛ لأن الإذن للعبد بالتِّجارة من عادات التجارة، وإذا وجد الإذن على الاستفاضة وأنه سبب لحصول العلم غالباً ـ فالناس يعاملونه بناءً على هذه الدلالة، ثم يظهر أنه ليس بمأذون لانعدام العلم حقيقة، فتتعلَّق ديونهم بذمَّة المفلس، وتتأخر إلى ما بعد العتق، فيؤدي إلى الضرر بهم، بخلاف الصبيان؛ لأن إذن الصبي بالتجارة ليس من عادة التجار، والناس أيضاً لا يعاملون الصبيان عادة، ولو توقف الإذن على حقيقة العلم لا يلحقهم الضَّرر إلا على سبيل النُّدرة، والنَّادر مُلحق بالعدم والله سبحانه وتعالى أعلم.

فصل في بيان ما يظهر به الإذن

وأما بيان ما يظهر به الإذن بالتجارة فنقول: ما يظهر به الإذن بالتجارة نوعان: أحدهما من جِهَة المولى، والثاني من جهة العبد.

أما الذي من جهة المولى فهو تشهيره بالإذن[٢] وإشاعته؛ بأن ينادي في أهل السُّوق: إني قد أذنت لِعبدي فلاناً بالتجارة فبايعوه، وهو المسمى بالإذن العام.

وأما الذي من جهة العبد: فهو إخباره عن كَوْنه مأذوناً بالتِّجارة بأن لم يكن الإذن من المولى عاماً، أو قدم مصراً لم يشتهر فيه إذن المولى، فقال: إن مولاي أذن لي [في التجارة][٣] والإذن بالتجارة يظهر بكل واحدٍ من النوعين.

أما الأول: فلا شكَّ فيه لحصول العلم للسامعين بحس السَّمع من الإذن ولغير السامعين بالنَّقل بطريق التواتر.

وأما الثَّاني: فلأن خبر الوَاحِد مقبُول في المعاملات ولا يَشْترط فيه العدد ولا العدالة.

ألا ترى أنه لو جاء عبداً أو أمة إلى إنسان، فقال: هذه هدية بعثني بها مولاي إليك جاز له القبول، كذا هذا؛ وهذا لأن هَذِه المعَاملات في العادات يَتَعاطاها العبيد والخدم، والفِسْق فيهم غالب فلو لم يقبل خبرهم فيها لوقع الناس في الحرج، وإذا قبل خبره ظهر الإذن، فيسع

---

(١) في ط: الاستفادة.
(٢) في ط: الأذن.
(٣) في أ: بالتجارة.

الناس أن يعاملوه، غير أنهم إن بنوا معاملاتهم على الإذن العام، فَعَامَلوه فلحقه دين ـ يباع فيه كسبه ورقبته بدين التِّجارة، وإن عاملوه بناءً على إخباره. فلحقه دين ـ يباع [فيه][1] كسبه بالدّين، ولا تُبَاع رقبته ما لم يحضر المولى، فيقر بإذنه [بالتجارة][2]. والله تعالى أعلم بالصواب.

فصل في بيان ما يملكه المأذون من التصرف

وأما بيان ما يملكه المأذون من التصرُّف وما لا يملكه، فنقول وبالله تعالى التَّوفيق: كل ما كان من باب التِّجارة أو/ توابعها أو ضروراتها. يمْلِكه المأذون وما لا فلا؛ لأن كل ذلك ٣/ ٢٥٠أ داخل في الإذن بالتِّجارة، فيملك الشِّراء والبيع بالنقد والنسيئة والعروض؛ لأن كل ذلك من التّجارة ومن عادة التجار، وكذلك يملك البَيْع والشراء بغبن يسير بالإجماع؛ لأنه من التِّجارة ولا يمكن التحرز عنه حتى ملكه الأب والوصي، وكذا بالغبن الفَاحِش[3] عند أبي حنيفة ـ رضي الله عنه ـ.

وعندهما: لا يملك[4].

وجه قولهما: أن البيع بغَبْن فاحِش في معنى التبرُّع.

ألا ترى أنه لو فعله المريض يعتبر من الثلث كما في سائر التبرُّعات، والمأذون لا يملك التبرُّع.

وجه قول أبي حنيفة رحمه الله ـ: أن هذا بيع وشراء على الإطلاق؛ لوقوع اسم الشراء والبيع عليه مطلقاً، فكان تجارة مُطْلَقة فدخلت تحت الإذن بالتجارة ثم فرق أبو حنيفة ـ رحمه الله ـ بين المَأذون وبين الوكيل؛ حيث سوَّى بين البيع والشراء في المأذون، وفرق بينهما في الوكيل؛ حيث قال: إن المأذون يملك البيع والشراء بالغبن الفاحش، والوكيل لا يملك الشراء بالغبن الفاحش بالإجماع.

ووجه الفرق له: أن امتناع جواز الشِّراء بالغبن الفَاحِش في باب الوكالة؛ لمكان التهمة لجواز أنه اشْتَرى لنفسه، فلما ظهر الغَبْن أظهر الشراء لموكله ـ فلم يجز للتهمة حتى أن الوَكِيل لو كان وكل بشراء شيء بعينه ينفذ على الموكل؛ لانعدام التهمة لأنه لا يملك الشراء لنفسه،

---

(١) سقط في ط.

(٢) سقط من ط.

(٣) وهذا شامل ما إذا نهاه عن البيع بالغبن الفاحش.

(٤) وعلى هذا الخلاف بيع الصبي والمعتوه المأذون لهما. ينظر رد المختار (١/ ٣٣ م)

ومعنى التهمة لا يتقدر في المأذون لأنه لا يملك الشراء لنفسه فاستوى فيه البيع والشراء، وهل يملك المأذون أن يبيع شيئاً من مولاه؟ فإن لم يكن عليه دين لا يتضرّر البيع من المولى؛ لاستحالة بيع مال الإنسان منه، وإن كان عليه دين فإن باعه بِمْثلِ قيمته أو أكثر ـ جاز، وإن باعه بأقل من قيمته، لم يجز عند أبي حنيفة أصلاً، وعندهما: لا يجوز بقدر المحاباة، وكذلك لو بَاعَ المولى شيئاً منه؛ فإن لم يكن عليه دَيْن، لم يكن بيعاً لما قلنا، وإن كان عليه فإن باعه بمثل قيمته أو بأقلّ من قيمته ـ جاز؛ وإن باعه بأكثر من قيمته، لم يجز [البيع][1] عند أبي حنيفة، وعندهما: يجوز وتَبْطُل الزيادة.

وعلى هذا إذا اشترى ـ المولى داراً بجنب دار العبد إن لم يكن على العبد دين ـ فالشفعة له؛ لأنه إذا لم يكن عليه دين، فالدار الذي في يد العَبْد خالص ملك المولى، فلو أخذها بالشفعة لأخذها هو، فكيف يأخذ ملك نفسه بالشُّفعة من نفسه؟ وإن كان على العبد دَيْن فله أن يأخذها بالشُّفعة.

ولو اشترى العبد داراً بجنب دار المولى؛ فإن لم يكن على العبد ديْنٌ فلا حاجة للمولى إلى الأخذ بالشفعة؛ لأنها خالص ملكه؛ وإن كان عليه دين، فله أن يأخذها بالشفعة، وكذلك الصبيُّ المأذون في الشِّراء والبيع بالنقد والنَّسيئة والعروض والغبن اليسير، والبيع بالغبن الفَاحِش بمنزلة العَبْد المأذون على الاتفاق والاختلاف، وهذا إذا باع من أجنبي أو اشترى منه؛ فإن باع من أبيه شيئاً أو اشترى منه، فإن باع بمثل القِيمَة أو أكثر واشترى بمثل القيمة أو أقل جاز ولو كان فيه غَبْن، وإن كان مما يتغابن النَّاس فيه جاز؛ لأن الاحتراز عنه غير مُمْكِن، وإن كان مما لا يتغابن النَّاس فيه لم يُجز؛ لأنه يتصرّف بولاية مستفادة من قبل أبيه كأنه نائبه في التصرُّف، فصار كما لو اشْتَرى الأب شيئاً من مال ابنه بنفسه لنفسه، أو اشترى شيئاً من ماله بنفسه لابنه الصغير ـ كان الجواب فيه هكذا كذا هذا.

ولو باع من وصيّه أو اشترى منه؛ فإن لم يكن فيهما نفع ظاهر له، لا يجوز بالإجماع، وإن كان فيهما نفع ظاهر؛ فإن كان بأكثر من قيمته بما لا يتغابن الناس في مثله، فكذلك عند محمد ـ رحمه الله ـ وعندهما: يجوز وللمأذون أن يسلم فيما يجوز فيه السّلم ويقبل السلم فيه؛ لأن السلم من قبل المسلم إليه بيع الدين بالعين، ومن قبل رب السلم شراء الدين بالعين،

---

(١) سقط في ط.

(٢) سقط في ط.

(٣) يصلح علة للجميع حتى للغبن الفاحش، فإنه من صنيعهم استجلاباً للقلوب، ويبيع بغبن فاحش في صفقة ويربح في أخرى كما في التبيين، وفيه: لو مرض العبد المأذون له وحابى فيه يعتبر من جميع المال إذا لم يكن عليه دين، وإن كان فمن جميع ما بقي بعد الدين، لأن الاقتصار في الحرّ على الثلث لحق الورثة ولا وارث للعبد والمولى رضي بسقوط حقه بالإذن، بخلاف الغرماء، وإن كان الدين محيطاً يقال للمشتري: =

وكل ذلك تجارة، وله أن يوكل غيره بالبيع والشراء؛ لأن ذلك من عادات التُّجار[١] أو التاجر لا يمْكِنُه أن يتولى ذلك كله بِنَفسه، فكان توكيله فيه من أعمال التِّجارة؛ وكذا له أن يتوكّل عن غيره بالبيع بالإجماع[٢]، وتكون العهدة/ عليه.

ولو توكل عن غيره بالشِّراء ينظر: إن وكله أن يشتري أشياء بالنقد جاز استحساناً، دفع إليه الثمن أو لم يدفع، وتكون العهدة عليه، والقياس إلاَّ لا تجوز هذه الوَكَالة.

ووجهه: أنها لو جازت لَلَزِمَه العهدة وهي تَسْليم الثمن، فيصير في معنى الكَفِيل بالثمن، ولا تَجُوز كفالته فلا تجوز وكالته.

وجه الاستحسان: أن التوكيل بالشِّراء بالنقد في معنى التَّوكيل بالبيع، ألا ترى أنه لا يجب عليه تَسْليم المبيع، فكان هذا في معنى البَيْع لا في معنى الكفالة، ولو توكَّل عن غيره بِشِرَاء شيء نسيئة فاشْتَرى، لم يجز حتى كان الشِّراء للعبد دون الآخر؛ لأن الثمن إذا كان نسيئةً لا يملك[٣] حَبْس المشتري لاستيفائه، بل يلزمه التسليم إلى الموكل، فكانت وكالته في هذه الصُّورة التزام الثمن، فكانت كفالة معنى فلا يملكها المَأْذُون، وله أن يستأجر إنساناً يعمل معه أو مكاناً يحفظ فيه أمواله أو دواباً يحمل عليها أمتعته؛ لأن اسْتِئْجار هذه الأشياء من توابع التجارة، وكذا له أن يؤاجر الدَّواب والرَّقيق ونفسه لما قلنا؛ ولأن الإجارة من التجارة حتى كان الإذن بالإجَارَة إذناً بالتِّجارة، وله أن يرهن ويرتهن ويعين ويودع ويقبل الوديعة؛ لأن ذلك كله من عادات التُّجار ويحتاج إليه التاجر أيضاً، وله أن يدفع المال مُضَاربة ويأخذ من غير مُضَاربة لما قلنا؛ ولأنَّ الأخذ والدفع من باب الإجَارة والاسِتَئْجار، والمأذون يملك ذلك كله.

وله أنْ يشارك غيره شركة عنان؛ لأنها من صنيع التجار ويحتاج إليه التاجر، وليس له أن يشارك شركة مفاوضة؛ لأن المفاوضة تتضمن الكَفَالة له، ولا يملك الكفالة فلا يملك المفاوضة، فإذا فاوض تنقلب شركة عنان؛ لأن هذا حكم فساد المفاوضة.

ولو اشترك عَبْدَان مأذونان شركة عنان على أن يشتريا بالنقد والنسيئة ـ جاز ما اشتريا بالنَّقْد، وما اشتريا بالنسيئة فهو له خاصّة؛ لأن الشركة تضمن الوكالة، وقد ذكرنا أنه يجوز أن يتوكّل المَأْذُون من غيره بالشِّراء نقداً، ولا يجوز أن يتوكَّل لغيره بالشِّراء نسيئةً، ويملك الإقرار

= أدّ جميع المحاباة وإلا فردّ المبيع كما في الحر، وكذا لو المولى صحيحاً، وإلا فلا تصح محاباة العبد إلا من ثلث مال المولى، لأن المولى باستدامة الإذن بعد ما مرض أقامه مقام نفسه فصار تصرفه كتصرفه، والفاحش من المحاباة وغير الفاحش فيه سواء، فلا ينفذ الكل إلا من الثلث اهـ. ينظر رد المختار (٩/ ٢٣٤).

(١) في ط: بالإجمال.

(٢) في أ: يمكن.

بالدين؛ لأن هذا من ضرورات التجارة؛ إذ لو لم يملك لامْتَنع النَّاس عن مبايعته خوفاً من تواء[1] أموالهم بالإنكار عند تعذُّر إقامة البينة، فكان إقراره بالدَّين من ضرورات التجارة، فيصح ويملك الإقرار بالعين؛ لأن العادة قد جرت بِشِراء كثير من الأشياء بظروفها، فلو علم الناس أنه لا يصح إقراره بالعين، لامتنعوا عن تسليم الأعيان إليه، فلا يلتئم أمر التجارة ولا يملك الإقرار بالجناية؛ لأن الإقرار بالجناية ليس من ضرورات التِّجارة فلا يتناوله الإذن بالتِّجارة فلا يصح منه ولا يطالب بها بعد العتاق أيضاً؛ لأن موجب الجناية يلزم المولى دون العبد، فكان ذلك شهادة على المولى لا إقرار على نفسه، فلم يصحّ أصلاً إلا إذا صدقه المولى، فيجوز عليه ولا يجوز على الغُرَماء.

وهل يصحُّ إقراره بافتضاض أمة بأصبعه غصباً؟.

قال أبو حنيفة ومحمد ـ رضي الله عنهما ـ: لا يصح.

وقال أبو يوسف ـ رحمه الله ـ يصح سواء كان عليه دين أو لا، ويضرب مولى الأمة مع الغرماء في ثمن العبد وهذا الخلاف مبني على أن هذا الإقرار بالجناية [أم][2] بالمال؟ فعندهما: هذا إقرار بالجناية فلا يصح من غير تصديق المولى، وعنده: هذا إقرار بالمال فيصح من غير تصديقه، وعلى هذا إذا أقر بمَهْر وجب عليه بنكاح جائز أو فاسد أو شبهة، فإن لم يصدقه المولى لم يصحّ إقراره حتى لا يؤاخذ به للحال؛ لأن المهر يجب بالنكاح، وأنه ليس بتجارة ولا هو في معنى التجارة، فيستوي فيه إقرار المأذون والمحجور، وإن صدقه المولى جاز ذلك عليه ولم يجز على الغرماء، لأن تصديقه يعتبر في حق نفسه لا في إبطال حق الغير، فيباع في دين الغرماء، فإن فضل شيء منه يصرف إلى دين المرأة وإلا فيتأخر ما بعد العِتْق، ويملك الإقرار بالحدود والقصاص؛ لأن المحجور يملك فالمأذون أولى، وإذا أقر به فلا/ ٣/٢٥١أ يشترط حضرة المولى للاستيفَاء بلا خلاف، وهل يشترط حُضُور المولى عند قيام البيِّنة عليها؟ فيه خلاف نذكره في مَوْضِعه، وهل يملك تأخير دَيْن له وَجَب على إنسان؟ فإن وجب له وحده يملك بالإجماع؛ لأن التأخير يحتاج إليه، وكذا هو من عادة التجارة، وإن وجب له ولرجل آخر دين على إنسان، فأخر المأذون نصيب نفسه ـ فالتأخير باطِلٌ عند أبي حنيفة ـ رحمه الله ـ، وعندهما: جائز.

وجه قولهما: أن التأخير منه تصرُّف في ملك نفسه، فيصح كما لو كان كل الدين له تأخره.

---

(١) أي: ذهابها وهلاكها.

(٢) سقط في أ.

وجه قول أبي حنيفة ـ رحمه الله ـ: أن التأخير لو صحَّ لا يخلو إما أن يصحَّ في نصيب شريكه، وإما أن يصحَّ في نصيب نفسه، لا سبيل إلى الأول لانعدام الملك والولاية، وتصرُّف الإنسان لا يصح في[1] غير ملك ولا ولاية، ولا سبيل إلى الثاني؛ لأنه قسمة الدين قبل القَبْض.

ألا ترى أن شريكه لو قبض شيئاً من نصيبه قبل حُلُول الأجل يختصُّ بالمقْبُوض ولا يشاركه فيه.

ومعنى القسمة هو الاختصاص بالمقْسُوم وقد وجد، فثبت أن هذا قِسْمَة الدين قبل القبض، وأنها غير جائزة؛ لأن الدّين اسم لفعل واجب وهو فعل تسليم المال، والمال حكمي[2] في الذمة وكل ذلك عدم حقيقة، إلا أنه أعطى له حكم الوُجُود لحاجة الناس؛ لأن كل أحد لا يَمْلِك ما يدفع به حاجته من الأعْيَان القائمة، فيحتاج إلى الاستقراض والشِّراء بثمن دين، فأعطى له حكم الوجود لهذه الحاجة، ولا حاجة إلى قسمته فبقي في حق القِسْمَة على أصل العَدَم، والعدم لا يحتمل القسمة.

وإذا لم يصحّ التأخير عند أبي حنيفة ـ رحمه الله ـ: فلو أخذ شَريكه من الدين، كان المأخوذ بينهما على الشُّركة كما قبل التأخير، وعندهما: كان المأخُوذ له خاصة ولا يَشارِكه حتى يحل الأجل، لأنه بالتأخير أسقط حقَّ نفسه في المطالبة[3] فإذا حَلَّ الأجل فهو بالخيار إن شاء شاركه في المقبوض، وإن شاء أخذ حقه من الغَرِيم؛ لأن الدين حل[4] بحلول الأجل.

ولو كان الدين في الأصْل منهما جميعاً مؤجّلاً، فأخذ أحدهما شيئاً قبل حل الأجل شاركه فيه صاحبه؛ لأنه لما أخذ شيئاً قبل حل الأجل، فقد سقط الأجل عن قَدْر المقبوض وصَار حالاً، فَصَار المقبُوض من النصيبين جميعا فيشاركه فيه صَاحِبه كما في الدين الحال، ولو كان الدين كله بينهما مؤجّلاً إلى سنة، فأخره العَبْد سنة أخرى ـ لم يجز التَّأخير عند أبي حنيفة، وعندهما يجوز؛ حتى لو أخذ شَرِيكه من الغريم شيئاً في السنة الأولى، شاركه فيه عنده، وعندهما: لا يشاركه حتى يحل دينه، فإذا حلّ فله الخيار على ما ذكرنا، والله سبحانه وتعالى أعلم. ولا يملك الإبراء عن الدين بالإجماع؛ لأنه ليس من التِّجارة بل هو تبرّع، فلا يملكه المأذون.

وهل يملك الحطّ؟ فإن كان الحطّ من غير عيب لا يمْلِكه أيضاً لما قلنا. وإن كان الحطّ من عَيْب؛ بأن باع شيئاً ثم حطّ من ثمنه ينظر إن حط بالمعروف بأن حط مثل ما يحطه التجار

---

(١) في أ: من.
(٢) في أ: أو لمال حكمي.
(٣) في ط: والمطالبة.
(٤) في أ: يحل.

عادة ـ جاز؛ لأن مثل هذا الحط من تَوَابع التجارة؛ وإن لم يكن بالمعروف بأن كان فاحشاً، جاز عند أبي حنيفة وعندهما: لا يجوز وقد ذكرنا أصْل المسألة فيما قبل.

وهل يملك الصُلْح بأن وجب له على إنسان دين فَصَالحَه على بَعْض حقه؟ فإن كان له عَلَيه بينة لا يملكه[1]؛ لأنه حط بعض الدين، والحط من غير عيب ليس من التِّجارة، بل هو تبرع، فلا يملكه المأذون؛ وإن لم يكن له عليه بينة جاز؛ لأنه إذا لم يكن له عليه بينة فلا حقّ له إلا الخصومة والحلف، والمال خير من ذلك، فكان في هذا الصُلح منفعة فيصحّ.

وكذا الصُلح على بَعْض الحقّ عند تعذر استيفاء كله من عادات التُّجار، فكان داخلاً تحت الإذن بالتِّجارة، ويملك الإذن بالتجارة بأن يشتري عبداً فيأذن له بالتِّجارة، لأن الإذن بالتجارة من عادات التجار، بخلاف الكتابة أنه لا يملكها المأذون؛ لأن الكتابة لَيْسَت من التِّجارة بل هي إعتاق معلق بشرط أداء بدل الكِتَابة، فلا يملكها ويملك الاستقراض؛ لأنه تجارة/ حقيقة وفيه منفعة، وهو من عادات التُّجار. ٣/٢٥١ب

وليس للمأذون أن يقرض؛ لأن القرض تبرع للحال؛ ولهذا لم يلزم فيه الأجل ولا يكفل بمال ولا بنفس؛ لأن الكفالة تبرع إلا إذا أذن له المولى بالكفالة ولم يكن عليه دين، بخلاف المكاتب أنه لا تجوز كفالته أصلاً، على ما مر في كتاب الكفالة، ولا يهب درهماً تاماً[2] لا بغير عوض ولا بعوض[3]، وكذا لا يتصدَّق بدرهم ولا يكسو ثوباً؛ لأنه تبرع، [ويجوز تبرُّعه][4] بالطعام اليسير إذا وَهَبَ أو أطعم استحساناً، والقياس ألاَّ يجوز؛ لأنه تبرع وإن قل، إلا أنا استحسنا الجواز؛ لما روي أنَّ رسول الله ﷺ «كَانَ مُجِيبُ دَعْوَةَ المَمْلُوكِ»؛ ولأن هذا

---

(١) في أ: يملك.

(٢) وله أن يهب ويتصدق بما دون الدرهم كما في التاترخانية.

(٣) لأنه تبرع ابتداء، أو ابتداء وانتهاء يعني لو بلا عوض ولا يبرىء، لأنه كالهبة.

(٤) في أ: وتجوز هديته.

(٥) أخرج الترمذي (٣/٣٢٨) كتاب الجنائز، باب آخر الحديث (١٠١٧) ورواه أيضاً في الشمائل (٣٣٣). وابن ماجه (٢/ ٧٧٠) كتاب التجارات، باب ما للعبد أن يعطي ويتصدق الحديث (٢٢٩٦) مختصراً.
وأبو الشيخ ص (٦١ ـ ٦٢) من طريق جرير عن مسلم البراد عن أنس بن مالك قال:
«كان رسول الله ـ ﷺ ـ يعود المرضى ويشهد الجنائز ويركب الحمار ويجيب دعوة العبد وكان يوم بني قريظة على حمار مخطوم بحبل من ليف وعليه إكاف من ليف».
ورواه أبو يعلى في مسنده (٧/ ٢٣٨) رقم (٤٢٤٣) ومن طريقه رواه أبو الشيخ في «أخلاق النبي ﷺ وآدابه» ص ٦٤. وأبو نعيم في حلية الأولياء (٨/ ١٣١).
ورواه أيضاً الطيالسي في مسنده (٢/ ١١٩) رقم (٢٤٢٥) والبغوي في شرح السنة (١٣/ ٢٤١) رقم (٣٦٧٣) من طريق شعبة عن مسلم البراد عن أنس رضي الله عنه. =

من ضَرُورَات التجارة عادة، فكان الإذن فيه ثابتاً بطريق الدلالة فيملكه؛ ولهذا ملكت المرأة التصدُّق بشيء يسير كالرغيف ونحوه من مال زوجها؛ لكونها مأذونة في ذلك دلالة، كذا هذا.

ولا يتزوج من غير إذن مولاه؛ لأن التزوج ليس من باب التِّجارة وفيه ضرر بالمولى[١]، ولا **يتسرى** جارية من إكسابه[٢]؛ لأنه لا ملك للعبد حقيقة، وحل الوطء بدون أحد الملكين منفي شرعاً، وسواء أذن له المولى بالتسرِّي أو لم يأذن له؛ لما ذكرنا أن العبد لا يملك شيئاً لأنه مَمْلُوك؛ فيستحيل أن يكون مالكاً، وبالإذن لا يخرج عن كونه مملوكاً، فلا تندفع الاستحالة ولا يزوج عبده بالإجماع؛ لأن التزويج ليس من التِّجارة وفيه أيضاً ضرر بالمولى.

وهل له أن يزوج أمته؟

قال أبو حنيفة ومحمد: لا يزوج.

وقال أبو يوسف: يزوج[٣].

وجه قوله[٤]: أن هذا تصرّف نافع في حق المولى؛ لأنه مقابلة ما ليس بمَالٍ فكان أنفع من البيع؛ لأنه يملك البيع فالنكاح أولى.

وجه قولهما: أن الداخل تحت الإذن هو التِّجارة، وإنكاح الأمة وإن كان نافعاً في حق المولى فليس بتِجَارة؛ إذ التجارة مُبَادلة مال بمالٍ ولم توجد، فلا يملكه.

ولا يعتق وإن كان على مال؛ لأنه ليس بتجارة بل هو تبرع للحال.

ألا ترى أنه يعتق بنفس القَبُول فأشبه القرض، ولا يملك القَرْض فلا يملك الإعتاق على مال.

= ورواه أيضاً البيهقي في دلائل النبوة (١/ ٣٣٠) وابن أبي الدنيا في «التواضع والخمول» رقم (١١٣) من طريق مسلم الأغور عن أنس.

قال الترمذي: هذا حديث لا نعرفه إلا من حديث مسلم عن أنس ومسلم الأعور يضعف وهو مسلم بن كيسان تكلم فيه وقد روى عنه شعبة وسفيان الملائي.

(١) بوجوب المهر والنفقة في رقبته.

(٢) لأنه مبني على ملك الرقبة والعبد لا يملك وإن ملك.

(٣) لما فيه من تحصيل المهر وسقوط النفقة فأشبه إجارتها، ولهذا جاز للمكاتب ووصي الأب والأب. ولهما أن الإذن تناول التجارة والتزويج ليس منها، بخلاف المكاتب لأنه يملك الاكتساب وذلك لا يختص بالتجارة، وكذا الأب والجد والوصي، ولأن تصرفهم مقيد بالأنظر للصغير وتزويج الأمة من الأنظر، وعلى هذا الصرف الصبي والمعتوه المأذون لهما والمضارب والشريك عناناً ومفاوضة، وجعل صاحب الهداية الأب والوصي على هذا الخلاف وهو سهو ينظر رد المختار (٩/ ٢٣٩).

(٤) في أ: قول أبو يوسف.

وإن أعتق على مال فإن لم يكن عليه دين، وقف على إجازة المولى بالإجماع، فإن أجاز جاز، لأنه إذا لم يكن عليه دين يملك المَوْلى إنشاء العتق فيه، فيملك الإجازة بالطريق الأولى، وولاية قبض العوض للمولى لا للعبد لما نذكر. وإن لحقه دين بعد ذلك لم يكن للغُرَمَاء حق في هذا المال؛ لأنه كسب الحر، وإن كان عليه دين لم يجز الإعتاق، وإن أجاز المولى عند أبي حنيفة ـ رحمه الله ـ، وعندهما: يجوز ويضمن المولى قيمة العبد للغرماء، ولا سَبيلَ للغرماء على العِوَض، بخلاف ما إذا كان مَكَان الإعتاق كتابة؛ أن عندهما يتعَلق حق الغُرَمَاء بالبَدَل وههنا لا يتعلق؛ لأن هذا كَسْب الحر وذاك كسب الرقيق، وحق الغَرِيم يتعلق بكسب الرقيق ولا يتعلّق بكسب الحر، ولا يكاتب سواء كان عليه دين أو لم يكن؛ لأن الكتابة ليست بتجارة فلا يَمْلِكها المأذون؛ ولأنها إعتاق معلق بالشَّرط وهو لا يَمْلِك الإعتاق، فإن كاتب فإن لم يكن عليه دَيْن وقف على إجازة المولى؛ لأنه إذا لم يكن عليه دين فكسبه خَالِص ملك المولى لا حق لأحد فيه، فيملك الإجازة.

ألا ترى أنه يملك[1] الإنشاء فالإجَازَة أولى، فإنِ أجاز نفذ وصار مكاتباً للمولى، وولاية قَبْض بدل الكتابة للمَولى لا للعبد؛ لأن الإجازة اللاَّحقة بمنزلة الوكالة السَّابقة، فكان العبد بمنزلة وكيل المولى في الكتابة، [وحقوق الكتابة][2] ترجع [إلى المولى][3] لا إلى الوكيل، لذلك لم يَمْلِك المأذون قَبْض بدل الكتابة وملكه المولى[4].

ولو لحق العبد بعد ذَلِك دين، فليس للغُرمَاء فيما على المكاتب حق؛ لأنه لما صَارَ مكاتب للمولى فقد صار كسباً منتزعاً[5] من يد المأذون؛ فلا يكون للغرماء عليه سَبِيل، وإن كان المكاتب قد أدّى جميع بدل الكِتَابة إلى المأذون قبل إجازة المولى لم يعتق؛ لأن الكتابة لم تنفذ لإنعدام شَرْط النفاذ وهو الإجازة؛ وإن كان عليه دين محيط برقبته وبما في يده، لا تصحُ إجازة المولى عند أبي حنيفة ـ رحمه الله ـ حتى لا يعتق إذا أدى البدل؛ لأن كسب العبد المأذون الذي عليه دين محيطٌ لا يكون/ ملكاً للمولى عنده، ولهذا لا يملك إنشاء الكتابة فلا يملك الإجازة.

٣/ ٢٥٢أ

وعندهما: تصح إجازته كما يصح إنشاء الكتابة منه، ويعتق إذا أدى ويضمن المولى قيمته للغرماء، لتعلق حقهم به فصار متلفاً عليهم حقهم، وما قبض المأذون من بَدَل الكِتَابة قبل الإجازة يستوفى منه الدَّين عندهما لتعلُّق حق الغرماء به قبل الإجازة، بخلاف الإعتاق على مال، وقد ذكرنا وجه الفَرْق لهما، فكانت الإجازة في معنى إنشاء الكتابة.

---

(١) في أ: لا يملك.
(٢) في أ: والحقوق بالكتابة.
(٣) في أ: للموكل.
(٤) في أ: للمولى.

ولو أَنْشأَ ضمن القيمة عندهما كذا هذا؛ وإن لم يكن الدين محيطاً برقبته وبما في يده، جَازَت إجازته بالإجماع، ويضمن قيمته للغرماء لإتلاف حقهم، والله الموفق للصواب.

فصل في بيان ما يملكه المولى

وأما بيان ما يملكه المولى من التصرُّف في المأذون وكَسْبه وما لا يملك، وبيان حكم تصرفه فنقول وبالله التوفيق:

إن المولى يَمْلِك إعتاق عبده المأذون، سواء لم يَكُن عليه دَيْن أو كان عليه دين؛ لأن صحة الإعتاق تقف على ملك الرَّقبة وقد وجد، إلا أنه إذا لم يكن على العَبْد دَيْن لا شيء على المولى، وإن كان عليه دين فالغرماء بالخيار إن شاؤوا اتبعوا المولى بالأقلِّ من قيمته ومن الدين؛ لأنه تصرّف في ملك نفسه وأتلف حق الغير؛ لتعلق [حق][1] الغرماء بالرَّقبة فيراعى جانب الحَقِيقة بتنفيذ الإعتاق، ويراعى جانب الحق بإيجاب الضمان مراعاة للجانبين عملاً بالدليلين، فينظر إن كانت قيمة العبد مثل الدِّين غرم ذلك، وإن كانت أكثر منه غرم قيمة الدين، وإن كانت أقل منه غرم ذلك القَدْر؛ لأنه ما أتلف عليهم بالإعتاق إلا القَدْر المتعلق برقبة العَبْد، فيؤاخذ المولى بذلك ويتبع الغُرَماء العبد بالباقي، وإن شاؤوا أتبعوا العبد بكل الدين فيستسعوه فيه، لأن كل الدَّين كان واجبًا عليه لمباشرة سبب الوجوب منه حقِيقة وهو المعاملة؛ إلا أن رقبته تعينت لاستيفَاء قدر ما يحتمله من الدَّين منها بتعيين المولى أو شرعاً، على ما نذكره في موضعه إن شاء الله تعالى، فبقيت الزيادة على ذَلِك في ذِمَّة العبد وقد عتق فيطالب به، وأيهما اخْتَاروا إتباعه لا يبرأ الآخر [بخلاف الغاصب وغاصب الغاصب أنه إذا اختار المالك تضمين أحدهما يبرأ الآخر][2] لأن اختيار التَّضمين في باب الغَصْب يتضمن [تمليك][3] المغصوب، والتمليك بعوض لا يحتمل الرُّجوع عنه.

فأما اختيار إتباع أحدهما ههنا لا يوجب مِلْك الدين منه، ولو لم يكن على العَبْد دين ولكنه قتل عبداً آخر خطأ، وعلم المولى به فأعتقه وهو عالم به - يصير مختاراً للفداء يغرم المولى تَمَام قيمة العَبْد المقتول إن كان قليل القيمة؛ وإن كان كثير القيمة بأن كانت قيمته عشرة آلاف أو أكثر، غرم عشرة آلاف إلا عشرة فرق بين الجناية والدين فإنه إذا أعتقه وعليه دين وهو عَالم به لا يلزمه تمام الدين، بل الأقلّ من قيمته ومن الدّين، علم بالدين أو لم يعلم، وههنا يلزمه تَمَام القيمة إذا كان عَالِماً بالجِنَاية.

---

(١) سقط في ط.
(٢) سقط في ط.
(٣) سقط في ط.

ووجه الفرق: أن موجب جِنَاية العبد على المَوْلى وهو الدفع، لكن جعل له سبيل الخُرُوج عنه بالفِدَاء بجميع الأرْش، فإذا أعتقه مع العلم بالجناية فقد صار مختاراً للفداء، فيلزمه الفداء بجميع قيمة العبد المَقْتُول، إلا أن تكون عشرة آلاف أو أكثر فينقص منه عشرة؛ إذ لا مزيد لديه العبد على هذا القدر. فأما موجب مُعَامَلة العبد وهو الدَّين، فعلى العبد حقاً للغرماء إلا أن القيمة التي في مالية الرقبة فإنها تعلُّق بها، وبالإعتاق ما أبطل عليهم إلا ذلك القدر من حَقِّهم فيضمنه، والزيادة بَقِيَت في ذمة العبد فيطالب به بعد العتق.

وكذلك إن كان قتل حرًّا خطأ، فأعتقه المولى وهو عالم به ـ غرم المولى دية الحر؛ لأن الإعتاق مع العلم بالجناية دليلُ اختيار الفداء، ودية الحر مقدرة بعشرة آلاف درهم ليغرمها المولى.

هذا إذا أعتقه المولى وهو عالم بالجِنَاية، فأما إذا لم يكن عالماً بالجناية يغرم قيمة عبده لأولياء الجناية؛ لأنه إذا لم يكن عالماً بالجناية وقت الإعتاق لم يكن إعتاقه دليل اختيار الفداء؛ لأن هذا النوع من الاختيار لا يتحقق بدون العلم ويلزمه قيمة عبده؛ لأن الواجب الأصْلي على المولى هو دَفْع العبد بالجناية/ . ألا ترى أنه لو هلك العَبْد قبل اختيار الفِدَاء، لا شي على المولى، وإنما ينتقل من العين إلى الفداء باختيار الفداء؛ فإذا لم يكن الإعتاق [قبل العلم دليل الاختيار][1] بقي الدفع واجباً، وتعذر عليه دفع عينه فيلزمه دفع ماليته؛ إذ هو دفع العين من حيث الصورة.

٣/ ٢٥٢ب

ولو كان على العبد المأذون دَيْن محيط برقبته، وجنى جنايات تحيط بقيمته فأعتقه المولى وهو لا يعلم بالجِنَاية ـ فإنه يغرم لأصْحَاب الدَّين قيمته كاملة، ويغرم لأصحاب الجناية قيمة أخرى، إلا أن تكون قيمته عَشْرة آلاف أو أكثر، فينقص منها عشرة؛ لأن حقَّ أصحَاب الدَّين قد تعلق بمالية العين، وحق أصحاب الجناية قد تَعَلَّقَ بالعين، والمولى بالإعتاق أبطل الحقَّين جميعاً فيضمنها.

ولو قتله أجنبي يضْمن قيمة واحدة؛ لأن الضَّمان الواجب بالقَتْل ضمان إتلاف النفس، والنفس واحدة فلا يتعدَّد ضمانها، فأما الضمان الواجب بالإعتاق فضمان إبطال الحق، فيتعدَّد ضمانه فهو الحق، والله تعالى الموفق.

فإن قيل: لم لا يشارك أصْحَاب الدين أصْحَاب الجناية؟.

فالجَوَاب: لاختلاف محل الحقَّين، فالدفع يتعلق بالعَيْن والدَّين يتعلق بمالية العَيْن، وهما محلان مختلفان فتعذَّرت المشَارَكة. والله تعالى أعلم.

---

(١) في أ: قبل الاختيار دليل العلم.

وكذلك يملك إعتاق المدبر وأم الولد المأذونين في التِّجارة لما قلنا؛ ولو أعتقهما وعليهما دين، فلا ضمان على المولى من الدَّين ولا من قيمة المدبر وأم الولد [لأن][١] دين التِّجارة لم يتعلَّق برقبتهما فخروجهما[٢] عن احتمال الاسْتِيفَاء منهما بالتدبير والاستيلاء، فلم يوجد منه إتلاف حق الغُرَمَاء فلا يَضْمَن.

وهل يملك إعتاق كَسَبْ عبده المأذون؟ لا خلاف في أنه إذا لم يكن على المأذون دينٌ أصلاً يملك وينفذ إعتاقه ولا شيء عليه؛ لأن الإعتاق صادف محلاً هو خالص مِلْكِه لا حقَّ لأحد فيه، فينفذ ولا يضمن شيئاً؛ فإن كان عليه دين كثير يحيط برقبته وكسبه، لا يملك ولا ينفذ إعتاقه عند أبي حنيفة ـ رضي الله عنه ـ، إلا أن يسْقط حق الغرماء بأن يقْضِي المولى دينهم، أو تبرئه الغُرَمَاء من الدين، أو يشتريه المولى من الغرماء، وعند أبي يوسف ومحمد ـ رحمهما الله ـ: يملك وينفذ إعتاقه ويضمن قيمته إن كان موسراً، وإن كان معسراً سعى العبد فيه ويرجع على المالك. والمسألة تعرف بأن المولى [هل][٣] يملك كَسْب عبده المأذون المديون ديناً مستغرقاً لرقبته وكسبه عنده: لا يملك، وعندهما: يملك.

وجه قولهما: أن رقبة المأذون وإن تعلق بها حق الغرماء فهي ملك المولى. ألا ترى أنه ملك إعتاقه، وملك الرقبة علة ملك الكَسْب، فيملك الكَسْبَ كما يملك الرَّقبة.

وجه قول أبي حنيفة ـ رضي الله عنه ـ: أن شَرْط ثُبُوت الملك للمولى في كَسْب العبد فراغه عن حاجة العبد ولم يوجد، فلا يَثْبُت الملك له فيه، كما لا يثبت للوارث في التركة المسْتَغرقة بالدين.

والدَّليل على أن الفراغ شرط أن الملك للمولى في كسب العَبْد ثبت معدولاً به عن الأصل: أنه لم يحصل بكسبه حقيقة، وقال الله تبارك وتعالى: ﴿وَأَنْ لَيْسَ لِلْإِنْسَانِ إِلاَّ مَا سَعَىٰ﴾ [النجم:٣٩] وهذا ليس من سَعْيه حقيقةً، فلا يكون له بظَاهِر النص، إلا أن الكسب الفارغ عن حاجة العَبْد خص عن عموم النَّص وجعل ملكاً للمولى، فبقي الكسب المشغول بحاجته على ظاهر النَّصِّ.

هذا إذا كان الدين محيطاً بالرقبة والكَسْب؛ فإن لم يكن محيطاً بهما فلا شك أنه لا يمنع الملك عندهما؛ لأن المحيط عندهما لا يمنع، فغير المحيط أولى.

وأما أبو حنيفة ـ رضي الله عنه ـ فقد كان يقُول أولاً: يمنع حتى لا يصح إعتاقه شيئاً من كَسْبه، ثم رجع وقال: لا يمنع.

---

(١) سقط في ط.
(٢) في أ: لخروجهما.
(٣) سقط في ط.

وجه قوله الأول: ما ذكرنا أن الفراغ شَرْط ثبوت الملك له، فالشُّغل وإن قل يكون مانعاً.

وجه قوله الآخر: أن المانع من مِلْك المولى كون الكَسْب مشغولاً لحاجة العبد، وبعضه مشغول وبعضه فارغ، فإما أن يعتبر جانب الشُّغل في المنع من ثُبُوت الملك له في كله وإما أن يعتبر جانب الفَرَاغ في إيجاب الملك له في كله، واعتبار جانب الفَرَاغ أولى؛ لأنا إذا اعتبرنا جانب الفَرَاغ فقد راعَيْنا حق المِلْك بإثبات الملك له، وحق الغرماء بإثبات الحق لهم، فإذا اعتبرنا جانب الشغل فقد راعينا جانب الغُرماء وأبطلنا حق المالك أصلاً، فقضينا/ حق المالك بتنفيذ إعتاقه وقضينا حق الغرماء بالضمان؛ صيانَةً للحقين عن الإبطال عملاً بالدَّليلين بقدر الإمكان؛ ولهذا ثبت الملك للوارث في كل التركة إذا لم يكن الدين محيطاً بها. كذا هذا.

٣/ ٢٥٣أ

ولو أعتقه ثم قضى المولى دَيْن الغرماء من خَالِص ملكه، أو أبرأه الغرماء ـ نفذ إعتاقه عند عامة أصْحَابنا رحمهم الله تعالى.

وقال الحسن بن زياد ـ رحمه الله ـ: لا ينفذ.

وجه قول الحسن: أن الإعتاق صادف كَسْباً مشغولاً بحاجة العبد؛ لأن الملك ثبت مَقْصُوراً على حال القضاء والإبراء فيمنع النفاذ، كما إذا أعتق عبده مكاتبه، ثم عجز المكاتب ـ أنه لا ينفذ إعتاقه، كذا هذا.

ولنا: أن النفاذ كان موقوفًا على سُقُوط حق الغُرَماء، وقد سقط حقهم بالقَضَاء والإبراء، فظهر النَّفاذ من حين وجوده من كل وَجْه، بخلاف ما إذا أعتق عبدًا من إكساب مكاتبه؛ لأن المكاتب أحق بإكسابه من المولى؛ لأنه فيما يرجع إلى إكْسَابه كالحر، وبالعجز لا يتبين أنه لم يكن أحق بكسبه، فلم ينفذ إعتاق المولى. وعلى هذا الخلاف لو أعتق الوَارِث عبدًا من التركة المستغرقة بالدَّين، ثم قضى الوارث الدين من مَالِ نفسه، أو أبرأ الغرماء الميِّت من الدين ـ أنه ينفذ إعتاقه خلافًا للحسن.

ولو وطىء المولى جارية العبد المَأْذون وعليه دين محيط، فجاءت بولد فادعاه ـ ثبت نَسَبه منه، وصارت الجارية أم ولد له، وغرم قيمة الجارية للغُرَمَاء ولا يغرم لهم شيئاً من عقرها قليلاً ولا كثيراً، أما صحة الدعوة؛ فلأن ملك المولى إن لم يظهر في الكَسْب في الحال[1] عند أبي حنيفة ـ رضي الله عنه ـ فله فيه حق الملك، فصحَّت دعوته.

وأما لزوم قيمة الجارية للغرماء؛ فلأنه بالدعوة أبطل حقهم، وأما عدم وجوب العقر؛

---

(١) في أ: للحال.

فلأن المانع من ظهور ملكه في الكَسْب حق الغرماء، وقد سقط حقهم بالضَّمان، فيظهر الملك له فيه من حين اكتسبه العبد فتبين أنه وطيء ملك نفسه، فلا يلزمه العقر.

ولو أعتق المولى جَارِية العبد المأذون وعليه دين محيطٌ، ثم وطئها فجاءت بولد، فادعاه المولى ـ صحَّت دعوته والولد حُرٌّ ويضمن قيمة الجَارِية للغرماء لما قلنا؛ لأن الإعتاق السابق منه لم يحكم بنفاذه للحال، فكان حق الملك ثابتًا له، إلا أن الجارية ههنا تصير حرة بالإعتاق السابق وعلى المولى العقر للجَارِية.

أما صيرورتها حرة بالإعتاق السابق، فلأن الإعتاق السابق كان نفاذه موقوفًا على سُقُوط حق الغرماء. وقد سقط بدعوة المولى، فنفذ فصارت حرة بذلك الإعتاق، وأما لزوم العقر للجارية، فلأن الوطء صادف الحرّة من وجه. والله أعلم بالصواب ويملك المولى بيع العبد المَأذون إذا لم يكن عليه دين؛ لأنه خالص ملكه، وإن كان عليه دَيْن لا يملك بيعه إلا بإِذْن الغُرَمَاء، أو بإذن القاضي بالبيع للغرماء، أو بقضاء الدين؛ ولو أذن له بعض الغرماء بالبَيْع، لا يملك بيعه إلا بإجازة الباقين؛ لما نَذْكُره في بيان حكم تعلُّقِ الدين، ويملك أخذ كسب العبد من يده إذا لم يكن عليه دَيْن، لأنه فارغ عن حَاجَته لأنه[1] خالص ملكه.

ولو لحقه دين بعد ذلك، فالمأخوذ سالم للمولى؛ لأن شرط خلوص المِلْك له فيه كونه فارغًا عند الأخذ، وقد وجد.

ولو كان الكَسْب في يد العبد ولا دين عليه، فلم يأخذ المولى حتى لحقه دَيْن، ثم أراد أن يأخذه ـ لا يملك أخذه؛ لأنه لم يوجد الفَرَاغ عند الأخذ فلم يوجد الشرط، وإن كان عليه دينِ وفي يده كسَب، لا يملك أخذه؛ لأنه مشغول بحاجته لتعلّق حق الغرماء به، ولو أَخَذه المولى فللغرماء أن يأخذوه منه إن كان قائمًا، وقيمته إن كان هالكًا؛ لتعلُّق حقهم بالمأخُوذ فعليه رد عينه أو بدله؛ ولو لحقه دَيْن آخر بعد ما أخذه المولى، اشترك الغرماء الأولون والآخرون في المأخوذ وأخذوا عينه أو قيمته؛ لأن زمان الإذن مع تعدُّده حقيقة في حكم زمانٍ واحد كزمان المرض، فكان زمان تعلُّق الديون كلها واحدًا، لذلك اشتركوا فيه. ولو كان المولى يأخذ الغلة من العبد في كل شَهْرٍ، فلحقه دين محيط برقبته وكسبه، فهل يجوز له قبض الغلة مع قيام الدين؟ ينظر إن كان يؤخذ غلة[2] مثله جاز له ذلك استحساناً، والقياس ألاّ يجوز؛ لأن حقهم يتعلق بالغلة، إلا أنا استحسنا الجواز نظرا للغُرَماء؛ لأن الغلة لا تحصل إلا بالتجارة، فلو منع المولى عن أخذ غلة المثل لحجره عن التجارة فلا يتمكَّن من الكَسْب فيتضرر به الغرماء، فكان إطلاق هذا القَدْر وسيلة/ إلى غرضهم، فكان تحصيلاً للغلة من حيث ٣/٢٥٣ب

(١) في أ: فكان.
(٢) في ط: عليه.

المعنى وليس له أن يأخذ أكثر من غله المثل، ولو أخذ رد الفضل على الغرماء؛ لأن امتناع ظهور حقّهم في غلة المثل للضرورة، ولا ضرورة في الزيادة، فيظهر حقهم فيها مع ما أن في إطلاق ذلك إضراراً بالغرماء؛ لأن المولى يوظف عليه غلة تستغرق كَسْب الشهر فيضرر به الغرماء.

وعلى هذا إذا كان على العبد دَيْن وفي يده مال، فاختلف العبد والمولى ـ فالقول قول العبد، ويقضي منه الدَّين؛ لأن الكَسْب في يده، والمأذون في إكسابه التي في يده كالحر، ولو كان المالُ في يَدِهما فهو بينهما؛ لاستوائهما في اليد؛ وإن كان ثمة ثالث، فهو بينهم أثلاثاً لما قلنا.

ولو لم يكن عليه دَيْن، فاختلف العبد والمولى وأجنبي ـ فهو بين المولى والأجنبي؛ لأنه إذا لم يكن عليه دين فلا عِبْرة ليده، فكانت يده ملحقة بالعَدَم، فبقيت يد المولى والأجنبي فكان الكَسْب بينهما نصفين، وهذا إذا لم يكن العبد في منزل المَوْلى، فإن كان في منزل المولى وفي يده ثَوْب فاختلفا؛ فإن كان الثَّوب من تجارة العبد فهو له؛ لأنهما استويا في ظاهر اليد وترجح يد العَبْد بالتجارة، وإن لم يكن من تجارته فهو للمولى؛ لأن الظَّاهر شاهد للمولى.

ولو كان العَبْد راكباً على دابة أو لابساً ثوباً فهو للعبد، سواء كان من تجارته أو لم يكن؛ لأنه تَرجّح يده بالتصرُّف، فكانت أوْلى من يد المولى؛ ولو تَنَازع المأذون وأجنبي فيما في يده من المال، فالقَوْل قول العبد؛ لما ذكرنا أنه فيما يرجع إلى اليد[1] كالحر.

ولو أجر الحر أو المأذُون نفسه من خياط يخيط معه، أو من تاجر يعمل معه، وفي يد الأجير ثوب، واخْتَلَفا فقال المستأجر: هو لي، وقال الأجير: هو لي؛ فإن كان الأجير في حانوت التَّاجر والخياط، فهو للتاجر والخياط؛ وإن لم يكن في منزله وكان في السكة، فهو للأجير؛ لأن الأجير إذا كان في دار الخياط ودار الخياط في يد الخياط، كان الأجير مع ما في يده في يد الخَيَّاط ضرورة، وإذا كان في السَّكة لم يكن هو في يده، فكذا ما في يده، كما لو كان مكان الأجير أجنبي ولو آجر المولى عبده المحْجُور من رَجُلٍ ومعه ثوب، فادعاه المولى والمُسْتَأجر فهو للمستأجر، سواء كان العَبْد في مَنْزل المستأجر أو لم يكن، بخلاف الأجير إذا لم يكن في منزل المسْتَأجرَ أنه يكون للأجير دون المستأجر.

ووجه الفرق: بأن يد العبد يد نِيَابة عن المولى، وقد صار مع ما في يده بالإجارة في يد المستأجر، فكان القول قول صاحب اليد، فأما يد الأجير فيد أصالة؛ إذ هو في حق اليد كالحرّ، فلا يَصِير بِنفس الإجارة في يد المسْتَأجر.

---

(١) في ط: السيد.

ولو كان المحْجُور في منزل المولى فهو للمولى؛ لأنه إذا كان في مَنْزل المولى كان في يده؛ لكون منزله في يده فَتَزُول يد المستأجر، والله أعلم بالصواب.

فصل في بيان حكم الغرور في العبد المأذون

وأما بيان حكم الغرور[١] في العبد المأذون فنقول وبالله التوفيق:

إذا جاء رجل بعبد إلى السوق، وقال: هذا عبدي أذنت له بالتِّجارة فبايعوه، فبايعه أهل السوق، فلحقه دين ثم استحقّ، أو تبين أنه كان حرّاً أو مدبراً أو أم ولد ـ فهذا لا يخلو من أحد وجهين: إما إن كان الرجل حرّاً وإما إن كان عبداً؛ فإن كان حرّاً، فعليه الأقل من قيمة العبد ومن الدين، أما وجوب أصْل الضمان عليه؛ فلأنه غرهم بقوله: هذا عبدي فبايعوه، حيث أضاف العبد إلى نفسه وأمرهم[٢] بمبايعته، فيلزمه ضمان الغرور؛ وهذا لأن أمره إياهم بالمبايعة إخبار منه عن كونه مأذوناً في التجارة، وإضافة العبد إلى نفسه إخبار عن كونه ملكاً له، والإذن بالتجارة مع عبد الإذن يوجب تعلّق الدين برقبته، فكان الإذن مع الإضافة دليلاً على الكفالة بما يتعلق برقبته التي هي مملوكة له، فيؤخذ بضَمَان الكفالة، إذ ضمان الغرور في الحَقِيقة ضمان الكَفَالة، والله أعلم بالصواب.

وأما وجوب الأقل من قيمة العَبْد ومن الدين؛ فلأن الدَّاخل تحت الكفالة هذا القَدْر، وللغُرماء أن يرجعوا على الذي ولّى مبايعتهم إن كان حراً؛ لأنه الذي بَاشَر سبب الوُجُوب حقيقة، وإن كان مستحقاً أو مدبراً أو مكاتباً أو أم ولد ـ يرجع عليهم بعد العِتَاق؛ لأن رقابهم لا تحتمل الاستيفاء قبل العتاق، وسواء قال: أذنت له بالتِّجارة أو لم يقل؛ لأن/ الأمر بالمبايعة يغني عن التَّصريح بالإذن، وسواء أمر بتجارة عامة أو خاصة؛ لأن التَّخصيص لغو عندنا، بخلاف ما إذا قال: ما بايعت فلاناً من البز فهو علي ـ أنه لا يصير كفيلاً بغيره؛ لأن هناك التخصيص صحيح، لوقوع التصرف في كفالة مقصودة، والكفالة المقصودة محتملة للتَّخصيص، فأما ههنا فالكفالة له ما ثبتت مقْصُودة، وإنما ثبتت مقتضى الأمر بالمبايعة والأمر لا يحتمل التَّخصيص فكذا الكفالة، هذا إذا أضاف العبد إلى نفسه وأمرهم بمبايعته؛ فأما إذا وجد أحدهما دون الآخر لا ضمان عليه؛ لأن معنى الكفالة لا يُثْبتُ بأحدهما دون الآخر، فلا بد من وجودهما.

٣/ ٢٥٤أ

ولو كان هذا العَبْد الذي أضافه إلى نفسه وأمر النَّاس بمُبَايَعته ملكاً للآمر، فدبره المولى ثم لحقه دين بعد التَّدبير ـ لم يضمن المولى شيئاً؛ لأنه لم يغرهم حيث لم يظهر الأمر بخلافه،

---

(١) الغرور: الخداع والإطماع بالباطل. (٢) في أ: وغرهم.

فلا يلزمه ضمان الغرور، وكذا لم يتلف عليهم حقهم بالتدبير؛ لانعدام الدَّين عنده، وكذا لو أعْتَقه المولى ثم بايعوه لما قلنا.

هذا إذا كان الآمر حرّاً؛ فأما إذا كان عبداً فإن كان محجوراً، فلا ضمان عليه حتى يعتق؛ لأن هذا ضمان كَفَالة، وكفالة العَبْد المحْجُور لا تنفذ للحال.

وإن كان مأذوناً أو مكاتباً وكان المأذون حرّاً لا ضمان على الآمر في شيء، وكذا لو كان الآمر صبياً مأذوناً؛ لأن المأذون والمكاتب لا تنفذ كفالتهما للحال، ولكنها تنعقد فيؤاخَذْن به بعد العتق، والصبي لا تَنْعَقِد كَفَالته فلا يؤاخذ بالضمان [أصلاً][1] والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب.

فصل في حكم الدين الذي يلحق المأذون

وأما بيان حكم الدَّين الذي يلحق المأذون فنقول وبالله التوفيق: حُكْمه تعلقه بمحل يستوفي منه إذا ظهر، فلا بد من بيان سبب تعلّق الدين، وبيان سبب ظهور الدين، وبيان حكم التعلق.

أما بيان سبب تعلق الدين فلتعلق الدين أسْباب: منها التِّجارة من البيع والشراء والإجارة والاستئجار والاستدانة.

ومنها ما هو في معنى التِّجارة كالغَصْب وجحود الأمانات من الودائع ونحوها؛ لأن الغَصْب وجحود الأمانة سبب لوُجُوب الملك في المغصوب والمجحود، فكان في معنى التجارة، وكذا الاستهلاك مأذوناً كان أو محجوراً؛ بأن عقر دابة أو خرق ثوباً خرقاً فاحشاً؛ لأنه سبب لثبوت الملك في العين قبل الهَلاَك، فكان في معنى التجارة، وكذلك عقر الجارية المستحقَّة؛ بأن اشترى جارية فوطئها ثم استحقت؛ لأن الواجب وإن كان قيمة منافع البضْع - لكن منافع البَضْع لا تتقوم إلا بالعَقْد، فتلحق بالواجب بالعقد، فكان في حكم ضمان التِّجارة، والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب. ومنها النكاح بإذن المولى؛ لأنه لم يشرع بدُون المهر.

فصل في بيان سبب ظهور الدين

وأما بيان سبب ظُهور الدَّين فسبب ظُهُوره شيئان:

---

(١) سقط في ط.

أحدهما: إقراره بالدين وبكل ما هو سبب لتعلق الدَّين بمحل يستوفي منه وهو ما ذَكَرْنا؛ لأن إظْهَار ذلك بالإقرار من ضَرُورات التِّجارة على ما بينا، فيملكه المأذون.

والثاني: قيام البينة على ذلك عند الإنكار؛ لأن البينة حجة مظْهرة للحق، ولا ينتظر حُضُور المولى بل يقضي عليه، ولو كان محجوراً فَقَامت البينة عليه بالغصب ـ لم يقْض عليه حتى يحضر المولى.

ووجه الفرق: أن الشَّهادة في المأذون قَامَت عليه لا على المولى؛ لأن يد التصرُّف له لا للمولى فيملك الخصومة، فكانت الشَّهادة قائمة عليه لا على المولى، فلا معنى لَشْرط حضور المولى بخلاف المحجور؛ لأنه لا يد له فلا يملك الخصومة، فكانت الشَّهادة قائمة على المولى، فشرط حضوره لئلاً يكون قَضَاء على الغَائب.

ولو ادَّعى على العبد المحجور ودِيعةً مستهلكة، أو بضاعة، أو شيئاً كان أصله أمانة ـ لا يقضي بها للحال عند أبي حنيفة ومحمد ـ عليهما الرحمة ـ، وعند أبي يوسف ـ رحمه الله ـ: يقضي بها للحال؛ بناء على أن العبد لا يؤاخذ بضَمَان وديعة مستهلكة للحال عندهما، وإنما يؤاخذ به بعد العِتاق فيتوقف القَضَاء بالضَّمان إليه، وعنده: يؤخذ به للحال فلا يتوقَّف، والله سبحانه وتعالى أعلم.

وكذلك لو أَقَامَت البينة على إقرار المأْذون بذلك قضى عليه، ولا يشترط حضور المولى؛ ولو قامت البينة على إقرار المحْجُور بالغصب، لم يقض عليه وإن كان المولى حاضراً؛ لأن المحْجُور لو أقر بذلك لما نفذ على مولاه للحَال. كذا إذا قامت البينة على إقراره بخلاف المأذون.

ولو قامت البينة على العَبْد المأذون أو المحْجُور على سبب قِصَاص أو حد؛ من القتل والقذف والزنا والشّرب ـ لم/ يقض بها حتى يحضر المولى عند أبي حنيفة ومحمد، وعند أبي يوسف: يقضي بها وإن كان غائباً، وأجمعوا على أنه لو أقر بالحدود والقِصَاص فإنها تُقَام من غير حضرة المولى.

٣/ ٢٥٤ب

وجه قول أبي يوسف: أن العبد أجنبي عن المولى فيما يرجع إلى الحُدُود والقصاص.

ألا ترى أنه يصح إقراره بهما من غير تَصْديق المولى، ولا يصح إقرار المولى من غير تصديقه، فكانت هذه شهادة قائمة عليه لا على المَوْلى، فلا يشترط حضوره، ولهذا لم يشترط حضرة المَوْلى في الإقرار.

وجه قولهما: أن العبد بجميع أجزائه مال المولى، وإقامة الحدود والقصاص إتلاف ماله عليه، فَيُصَان حقه عن الإتلاف ما أمكن، وفي شرط الحضور صيانة حقه عن الإتلاف بقَدْر

الإمكان، لأنه لو كان حاضراً عسى يدَّعي شبهة مانعة من الإقامة حق المسلم تجب صيانته عن البُطْلاَن ما أمكن، ومثل هذه الشبهة مما لا يتعذر في الإقرار بعد صحته لذلك افترقا.

وكذلك إذا قامت البينة على عبد أنه سَرَق عشرة دراهم، وهو يجحد ذلك أنه لو كان المولى حاضراً تقطع ولا يَضْمَنَ السَّرقة، مأذوناً كان أو محجوراً بلا خلاف؛ لأن القطع مع الضَّمان لا يجتمعان، وإن كان غائباً فإذا كان العَبْد مأذوناً يضمن السرقة ولا يقطع؛ لأن غيبة المولى لا تمنع القَضَاء بالضَّمان في حق المأذون، ومتى وجب الضمان امتنع القَطْع لأنهما لا يجتمعان، وعلى قياس أبي يوسف هذا والفصل الأول سواء؛ يقطع ولا يضمن السرقة؛ ولأن حضرة المولى عنده ليس بشَرْط للقضاء بالقَطْع، والقطع يمنع الضمان، وإن كان محجوراً لا تسمع البينة على السَّرقة، فلا يقضي عليه بقَطْع ولا ضمان عندهما.

أما القطع فلأن حَضْرة المولى شرط ولم يوجد، وأما الضمان فلأن غيبة المولى تمنع القَضَاء بالضَّمان في حق المحجور، وعنده: يقطع ولا يضمن لما قلنا.

ولو قامت البينة على سَرِقة ما دون النِّصاب، فإن كان مأذوناً قبلت ولزمه الضمان دون القَطْع، سواء حضر المولى أو غاب؛ لأن سرقة ما دون النصاب لا توجب القَطْع، فبقي دعوى السَّرقة ودعوى الضمان على المأذون، وحضرة المولى ليست بشَرْط للقضاء بالضَّمان على المأذون، وإن كان محجوراً لا تسمع بينته أصلاً، أما على القطع فظاهر؛ وأما على المال فلأن حُضُور المولى شرط القَضَاء على المحْجُور بالمال.

ولو قامت البينة على إقرار المَأْذون أو المحجور بسبب القِصَاص أو الحدِّ ـ لزمه القود وحد حد القذف حضر المولى أو غاب، ولا يلزمه ما سواهما من الحدود وإن كان المولى حاضراً؛ لأن القِصَاص حق العبد، وكذا حد القذف فيه حق العبد، وسائر الحدود حقوق الله سبحانه وتعالى خالصاً، فالبينة وإن أظهرت الإقرار فالإنكار منه رجوع عن الإقرار، والرُّجوع عن الإقرار يصح في حقوق الله تبارك وتعالى لا في حقوق العباد، فيجب القِصَاص وحَدّ القذف، ويسقط ما سواهما، غير أنه إذا قامت البينة على إقراره بالسَّرقة يلزمه الضمان إن كان مأذوناً، سواء بلغ نصاباً أو لم يبلغ، حضر المولى أو غاب؛ لأن سقوط القطع للرُّجوع والرُّجوع في حق المال لم يصح فيجب الضَّمان، سواء كان المولى حاضراً أو غائباً؛ لأن القضاء بالمَالِ على المأذون لا يقف على حُضُور المولى. ولو كان محجوراً لا قطْع عليه ولا ضَمان؛ أما القطع فلمكان الرجوع، وأما الضمان فلأن إقرار المحجور بالمال غير نَافِذ في الحال، فلا تصحُّ إقامة البينة عليه.

ولو قامت البينة على الصَّبي المأذون أو المعتوه المأذون على قَتْل أو سبب حد ـ قبلت على القتل وتَجِب الدِّية على العاقلة، ولا تقبل على الحد؛ لتصوُّر سبب وجوب الدية منه وهو

القتل الخطأ؛ لأن عمد الصَّبي خطأ، وانعدام تصور سبب وجوب الحدّ منه من الزِّنا وغيره، غير أنه إذا قامت البينة عليه على السَّرقة قبلت على المال وضمنه القاضي؛ لأن الصَّبي المأذون من أهل القَضَاء عليه بالمال.

ولو قَامَت البينة على إقراره بالقتل لم تقبل؛ لأن إقرار الصبي غير صحيح، فلا تقبل البينة عليه، والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب.

فصل في بيان محل التعلق

وأما بيان محل التعلُّق فنقول وبالله التوفيق: لا خِلاَف في أن الدين يتعلق بكسب العبد؛ لأن المولى بالإذن بالتِّجارة عينه للاستيفاء أو تعين شرعاً نظراً للغرماء، سواء كان كَسْب التجارة أو غيره من الهِبَة والصَّدقة والوصية وغيرها، وهذا قول علمائنا الثلاثة ـ رضي الله عنهم ـ وقال زفر ـ رحمه الله ـ: لا يتعلق إلا بكسب التجارة، وتكون الهبة وغيرها للمولى.

وجه/ قول زفر: أن التعلق حكم الإذن، والإذن بالتِّجارة لا لغيرها، وهذه ليست من كَسْب التِّجارة، فلا يتعلق بها الدين. ٣/ ٢٥٥أ

ولنا: أن شَرْط ثبوت الملك للمولى في كَسْب العبد، أي كسب كان فراغه عن حاجة العبد للفقه الذي ذَكَرْنَا من قبل، ولم يوجد الفَراغ فلا يَثْبُت الملك له، وسواء حَصَل الكسب بعد لُحوق الدين أو كان حاصلاً قبله، إلا الولد والأرش؛ فإن ما ولدت المأذونة من غَيْر مولاها بعد لحوق الدَّين يتعلَّق به، وما ولدته قبل ذلك لا يتعلَّق الدين به ويكون للمَوْلى، وكذلك الأرض بأن فقئت عينها فوجب الأرش على الفاقىء.

ووجه الفرق: أن التعلق بالولد بحكم السِّراية من الأم إليه؛ لأن الوَلَد يحدث على وصْف الأم، ومعنى السراية إنما يتحقَّق في الحادث بعد لحوق الدين لا قَبْله؛ لأنه كان ولا دَيْن على الأم، فلما[1] حدث حدث على ملك المولى، وكذلك الأرش في حكم الولد؛ لأن الولد جزء مَنْفَصل من الأصل، والأرش بدل جزء منفصل من الأصل، وحكم البدل حكم الأصل.

وأما تعلقه بغيرهما فليس بحكم السِّراية، بل الشّغل بحاجة العبد؛ فإذا لم ينزعه المولى من يَدِه حتى لحقه دين مُحِيط، فقد صار مشغولاً بحاجته، فلا يظهر ملك المولى فيه فهو الفرق، والله سبحانه وتعالى أعلم.

---

(١) في أ: فكما.

وههنا فرق آخر: وهو أن الولد المولود بعد لُحُوق الدين يَدْخُل في الدين، وولد الجناية لا يدخل في الجناية؛ لأن دخوله في الدين بحكم السَّراية؛ لأن الدَّين يتعلق برقبة الأم فسرى ذلك إلى الولد، فحدث على وصف الأم، والجناية لا تحتمل التعلّق بالرَّقبة، فلا تحتمل السّراية فهو الفرق.

ولو أذن له المولى دفع إليه مالاً ليعمل به، فباع واشترى ولحقه دين - لا يتعلّق الدين بالمال المدفوع إليه، لأن الدين يتعلق بكسب العبد، وذا ليس كسبه أصلاً فلا يتعلق به.

وأما رقبة العَبْد فهل يتعلّق الدين بها؟ اختلف فيه:

قال علماؤنا الثلاثة - رضي الله تعالى عنهم -: يتعلق.

وقال زفر والشافعي - رحمهما الله تعالى -: لا يتعلق. وجه قولهما: أن هذا إن كان دين العبد، فالرقبة ملك المولى، ودين الإنسان لا يقضي من مال مملوك لغيره إلا بإذنه ولم يوجد، وإن كان دين المولى فلا يتعيَّن له مال دون مالٍ كسائر ديون المولى، وإنما يقضي من الكَسْب لوجود التعيين، فالإذْن من المولى دلالة الإذن بالتجارة؛ لأنه قضاء دين التجارة من كَسْب التجارة، فكان مأذوناً فيه دلالة، ومثل هذه الدلالة لم يوجد في الرَّقبة؛ لأن رقبة العبد لَيْست من كسب التجارة.

ولنا: أن نقول: هذا دين العبد لكن ظهر وجوبه عند المَوْلى، ودين العبد إذا ظهر وجوبه عند المولى يقضي من رقبته التي هي مال المولى كدين الاسْتِهْلاَك. أو نقول: هذا دين المولى، فيقضي من المال الذي عينه المولى للقَضَاء منه كالرهن، والمولى بالإذْن عين الرّقبة لقضاء الدَّين منها، فيتعين بتعيين المولى، والله سبحانه وتعالى أعلم.

وإذا كان الرَّقبة والكَسْب كل واحدٍ منهما محلاً لتعلق الدين به فإذا اجْتَمَع الكَسْب والرَّقبة يبدأ بالاسْتِيفاء من الكَسْب؛ لأن الكَسْب محلّ للتعلق قطعاً ومحلية الرَّقبة لتعلق محل الاجتهاد، فكانت البدلية[1] بالكَسْب أولى، فإذا قضى الدَّين منه فإن فضل من الكَسْب شيء فهو للمولى؛ لأنه كسب فارغ عن حاجة العبد، وإن فضل الدّين يستوفي من الرقبة عندنا؛ فإن فضل على الثمن يتبع العَبْد به بعد العِتَاق على ما نذكره.

فصل في بيان حكم التعلق

وأما بيان حكم التعلُّق فنقول وبالله التوفيق:

---

(١) في أ: البداية.

إن لتعلق الدين أحكاماً: منها ولاية طلب البَيْع للغرماء من القَاضِي؛ لأن معنى تعلّق الدين منه ليس إلا تعينه لاستيفاء الدّين منه، وهو في الحقيقة تعيّن ماليته للاستيفاء؛ لأن استيفاء الدين مِنْ جنسه يكون وذلك ماليته لا عينه، وذلك بيعه وأخذ ثمنه، إلا أن يقضي المولى ديونهم فتخلص له الرقبة؛ لأن حقهم في المالية دون العَيْن، وقد قضى حقهم فبطل التعلق.

ومنها أنه إذا بيع العبد كان ثمنه بين الغُرَمَاء بالحصص؛ لأن الثمن بدل الرَّقبة، فيكون لهم على قدر تعلّق حقهم بالمبدل وهو الرقبة، وكان ذلك بالحصص فكذا الثمن؛ كثمن التركة إذا بيعت.

ثم إذا بيع العبد [كان ثمنه بين الغرماء بالحصص][1] فإن فضل شيء من ثمنه فهو للمولى، وإن فضل الدّين لا يطالب المولى به؛ لأنه لا دَيْن على المولى ويتبع العَبْد/ به بعد العتاق؛ لأن الدّين كان عليه، إلا أن القدر الذي تعلَّق برقبته صار مقضياً فبقي الفَاضِل عليه، وإنما يباع العَبْد في الدَّين إذا كان حالاً فإن كان مؤجّلاً لا يُبَاع إلى حل الأجل؛ لأن البيع يتبع التعلّق، والتعلُّق يتبع الوُجُوب، والوجوب على التضييق لا يثْبُت إلا بعد حل الأجل فكذا التعلّق.

٣/ ٢٥٥ر

ولو كان بعضه حالاً وبعضه مؤجّلاً، فطلب أصحاب الحال البيع ـ باعه القاضي وأعطى أصحاب الحال قدر حِصَّتهم، وأمسك حصة أصْحَاب الأجل؛ لأن التعليق على التَّضييق ثبت في حق أصْحَاب الحال لا في حَقِّ أصحاب الأجل؛ وكذلك لو كان الغُرَماء بعضهم حضوراً وبعضهم غيباً، فطلب الحضور البَيْع من القاضي ـ باعه القَاضِي وأعطى الحضور حصتهم ووقف حصة الغيب، لأن لكل واحدٍ منهم على الانفراد ديناً متعلقاً بالرقبة، وذا يوجب التَّخريج إلى البيع، فغيبة البعض لا تكون مانعة.

وكذلك إذا كان بعض الدُّيون ظاهراً والبعض لا يظهر، لكن ظهر سبب وجوبه؛ بأن كان عليه دَيْن فحفر بئراً على طريق المسلمين، فطلب الغريم البيع باعه القاضي في دينه وأعطاه دينه، وإن كان لا يفضل الثمن عن دينه شيئاً؛ لأن ظهور دينه أوجب التعلّق برقبته، فلا يجوز ترك العمل بالظاهر بما لم يظهر، ثم إذا وقعت فيها بهيمة فعطبت، رجع صاحب البهيمة على الغريم، فيتضاربان فيضرب صَاحِب البهيمة بقيمتها، ويضْرِب الغريم بدينه، فيكون الثمن بينهما بالحصص؛ لأن الحكم مستند إلى وقت وجود سببه، فيتبين أنه كان شريكه في الرقبة في تعلق الدين، فيتَشَاركان في بدلها بالحِصص.

---

(١) سقط في ط.

ولو كان عليه دَيْن فأقر قبل أن يباع لغائب يصدق في ذلك، صدَّقه المولى والغرماء أو كذبوه؛ لأن إقرار المأذون بالدين صحيحٌ من غير تصديق المولى لما بينا، وإذا بِيعَ وقف القاضي من ثمنه حصة الغائب.

ولو أقر بدين لغائب بعد ما بيع في الدين، لم يجز إقراره وإن صدقه المولى؛ لأنه إذا بِيعَ فقد صار محجوراً عليه، وإقرار المحجور بالدين لا يصحُّ وإن صدقه المولى؛ فإن قدم الغائب وإقام بينة على الدين، اتبع الغرماء بحصته من الثمن؛ لأنه بإقامة البينة ظهر أن كان شريكهم في الرقبة في تعلق الدين، فشاركهم في بدلها، ولا سبيل له على العبد [ولا على المولى][1] ولا على المشتري؛ لأن حقه في الدين ومحل تعلقه الرقبة لا غير، فلا سبيل له على غَيْرها، والله أعلم.

ومنها أنه لا يجوز للمولى بيع العَبْد الذي عليه دين إلا بإذن الغرماء، أو بقضاء الدين، أو بإذن القاضي بالبيع للغُرماء، ولو باع لا ينفذ إلا إذا وصل اليهم الثمن وفيه وفاء بدُيُونهم؛ لأن حق الغرماء متعلّق برقبته، وفي البيع إبطال هذا الحق عليهم، فلا ينفذ من غير رِضَاهم كبيع المرهون، إلا أن يصِل ثمنه إليهم، وفيه وفاء بدُيُونهم، فينفذ لما بيَّنا أن حقهم في معنى الرَّقبة لا في صُورَتها، فصار كما لو قضى المولى الدّين من خالص ماله.

ودلَّ إطلاق هذه الرواية على أن الدَّين حال قيام الكسَب يتعلق بالكَسْب والرقبة جميعاً؛ لأنه بقي جواز بيع المولى مطلقاً عن شرط عَدَم الكَسْب، ولو كان قيام الكَسْب مانعاً من التعلق بالرقبة لجاز؛ لأن الرقبة إذ ذاك تكون خالص مِلْك المولى، وتصرُّف الإنسان في خالص ملكه نافذ، إلا أن يحمل على حال عدم الكَسْبِ، حملاً للمطلق على المقيد والله أعلم.

ولو أذن له بعض الغُرَماء بالبيع، لم يجز إلا أن يجيزه البَاقُون، لتعلق حق كل واحدٍ بالرقبة، فكان البيع تصرُّفاً في حق الكلِّ، فلا ينفذ من غير إجَازتهم، ثم فرق بين بيع المولى وبين بَيْع الوصي التّركة في الدين من غير إذن الغرماء - أنه ينفذ هناك، وهنا لا ينفذ.

ووجه الفَرْق: أن للغرماء حق استِسْعَاء المأذون، وهذا الحق يبطل بالبَيْع، فكان امتناع النفاذ مفيداً، وليس للغرماء ولاية استِسْعَاء التَّركة؛ لما فيه من تأخير قضاء دين الميت، فكان عَدَم النّفاذ للوُصُول إلى الثمن خاصة، وأنه يحصل ببيع الوَصِيّ، فلم يكن التوقُّف مفيداً فلا يتوقف.

هذا إذا كان الدَّين حالاً؛ فإن كان موجَّلاً، نفذ البيع في ظاهر الرِّواية؛ لأن المانع من

---

(١) سقط في ط.

النَّفاذ هو التعلُّق عن التَّضْيِيق ولم يوجد، ثم إذا حل الأجل فإن كانت ديونهم مثل الثَّمن أو أقل ـ أخذوا منه، وإن/ كانت ديونهم أكثر من الثمن ضمنوا المولى إلى تَمام قيمة العَبْد. ٣/ ٢٥٦أ

وروي عن محمد ـ رحمه الله ـ في النوادر: أنه لا ينفذ بيع المولى؛ لوجود أصل التَّعليق.

هذا إذا كان العبد قائماً في يد المشتَري، فإن كان هالكاً، فالغرماء بالخيار إن شاؤوا ضمنوا المولى، وإن شاؤوا ضمنوا المُشْتَري قيمة العَبْدِ، لأن كلَّ واحدٍ منهما غاصب لحقهم، فكان لهم تضمين أيهما شاؤوا، فإن اختاروا تَضْمين المولى نفذ بيعه؛ لأنه خلص[1] ملكه فيه عِنْد البيع باخْتِيار الضَّمان، فكأنهم باعوه منه بثمن هو قَدْر قيمته واشتراه منهم به، حتى لو وجد المشتري به عيباً بعد هلاكه ـ له أن يرجع بالنُّقصان على المولى، وللمولى أن يرجع به على الغُرماء، وإن اختاروا تضمين المُشْتَري بطل البيع؛ لأنه [لا][2] يمكن تمليكه منه بالضَّمان، فبطل واسترد الثمن.

ولو لم يهلك العَبْد في يد المشْتَري ولكن غاب المولى، فإن وجدوه ضمنوه القيمة، وإن لم يجدوه فلا خصومة بينهم وبين المشتري عند أبي حنيفة ومحمد ـ رحمهما الله ـ، وعند أبي يُوسف ـ رحمه الله ـ: هذا وما إذا كان المولى حاضراً سواء، والله أعلم بالصَّواب.

هذا الذي ذكَرْنا حكم تعلُّق الدين بالرقبة عند الانْفِراد، فأما حكم تعلقه عند الاجتماع؛ بأن اجتمع الدّين والجناية فنقول وبالله التوفيق.

إذا اجتمع الدين والجِنَاية؛ بأن قتل العبد المأذون رجلاً خطأً وعليه دين ـ لا يبطل الدَّين بالجناية؛ لأن حكم الجِنَاية في الأصل وجُوب الدَّفْع، وله سبيل الخروج عنه بالفداء، أو التَّخيير بين الدفع والفداء، وهذا لا ينافي الدَّين؛ لأنه يمكنه دفعه متعلقاً رقبته بالدين، وكذا لا ينافيه الفِدَاء لا شك فيه، فإن اختار الدَّفع فهذا لا يخلو من ثلاثة أوجه: إما إن حضر أصحاب الدَّين والجناية معاً، وإما إن حضر أصحاب الجِنَاية[3]، وإما إن حضر أصْحَاب الدين؛ فإن حضر أصحاب الدَّين والجناية جميعاً؛ يدفع العبد إلى أولياء الجناية؛ ثم يبيعه القاضي للغرماء في دينهم؛ فإنا إذا دفعناه بالجناية فقد راعينا حقّ أصحاب الجِنَاية بالدفع إليهم، وراعينا حق الغرماء بالبَيْع بدينهم؛ وإذا دفعناه إلى أصحاب الدين أبطلنا حق أصْحَاب الجناية؛ لتعذر الدفع بعد البيع؛ إذ الثابت المشتَري ملك جديد خال عن الجِنَاية، فكانت البداية بالجناية مراعاة

(١) في أ: حصل.
(٢) سقط في ط.
(٣) زيادة في أ: أو. لا.

الحقّين من الجانبين، فكان أولى ثم في الدّفع إلى أصْحَاب الجناية ثم البيع بالدين ـ فائدة وهي الاستخلاص بالفداء؛ لأن النَّاس في أعْيَان الأشياء رغائب ما ليس في أبدالها.

وإذا دفعه المولى إلى أصحاب الجِنَاية، فالقياس أن يضْمَن قيمته للغرماء؛ لأنه يصير ملكاً لهم بالدَّفع، فكان الدّفع منه تمليكاً منهم بمنزلة البيع، وفي الاستحسان لا يضْمَن؛ لأن الدفع واجب عليه، ومَنْ أتَى بفعل واجبٍ عليه لا يضمن؛ لأن الضمان يمنعه عن إقامة الواجب فيتناقض.

ثم إذا دفعه إليهم فبيع للغرماء؛ فإن فضل عن دينهم شيء من الثَّمن صرف إلى أصحاب الجناية؛ لأن العبد صار ملكاً لهم بالدفع إليهم، وإنا بيع على ملكهم إلا أن أصْحَاب الدين أولى بثمنه بقدر دينهم، فبقي الفَاضل من دينهم على ملك أصْحَاب الجناية؛ كما إذا لم يكن هناك جناية فباعه القاضي للغرماء وفضل من ثمنه شيء ـ أن الفَاضِل يكون للمولى كذا هذا.

ولو دفعه المولى إلى أصْحَاب الدين بدينهم، إن كان عالماً بالجناية لزمه الأرش؛ لأنه صار مختاراً للفداء، وإن لم يكن عالماً بها يلزمه قيمة العبد؛ لأن الوَاجِبَ الأصْلي دفع عين العبد، وإنما الفداء للخُرُوج عنه بطريق الرُّخْصة على ما بينا، والدفع من غير علم لا يصْلُح دليل اختيار الفِدَاء، فبقي دفع العَيْن واجباً وقد تعدد[1] دفع عينه بالدفع إلى أصحاب الدّين، فيجب دفع قيمته، إذ هو دفع العَيْن معنى، وإن حضر أصحاب الجناية أولاً فكذلك يدفع العبد إليهم ولا ينتظر حضور الغرماء؛ لأنهم لو كانوا حضوراً لكان الحكم هكذا، فلا معنى للانتظار.

وإن حَضَر أصْحَاب الدين أولاً؛ فإن كان القَاضِي عالماً بالجناية لا يبيعه في ديونهم؛ لأن في البَيْع إبطال حق أصحاب الجناية؛ وإن لم يكن عالماً بها فباعه، بطل حق أصْحَاب الجناية، حتى لو حضروا بعد ذلك لا ضَمَان على القَاضِي ولا على المولى.

أما القاضي فلأنه لا عُهْدَة تلزم القَاضِي فيما يفعله لكونه أميناً، وأما المولى فلأنه باعه بأمر/ القَاضِي، فكان مضافاً إلى القاضي. ٣/٢٥٦ب

ولو كان باعه بغير إذن القاضي؛ فإن باعه مع علمه بالجناية، يلزمه الأرش؛ لأنه صار مختاراً للفداء، وإن لم يكن عالماً بالجناية يلزمه الأقل من قِيمَة العَبْد ومن الأرش لما بينا، والله تعالى أعلم.

---

(١) في أ: تعذر.

فصل في بيان ما يبطل به الإذن

وأما بيان ما يَبْطل به الإذن بعد وجوده، فنقول: إن الاذن بالتجارة يبطل بضده وهو الحجر، فيحتاج إلى بَيَانِ ما يصير العَبْد به محجوراً، وذلك أنواع، بعضها يرجع إلى المولى وبعضها إلى العبد، أما الذي يرجع إلى المولى فثلاثة أنواع: صَرِيح ودلالة وضرورة، والصريح نَوْعَان: خاص وعام؛ أما العام: فهو الحجر باللسان على سبيل الإشهار والإشاعة، بأن يحجره في أهل سُوقه بالنداء بالحجر، وهذا النوع من الحجر يَبْطُل به الإذن الخاصّ والعام جميعاً؛ لأنَّ الإذن بالتِّجارة غير لازم، فكان محتملاً للبطلان، والشيء يبطل بمثله وبما هو فوقه.

وأما الخاص فهو أنْ يكون بين العَبْد وبين المولى، ولا يكون على سبيل الاستفاضة والاشتهار، وهذا النوع لا يَبْطُل به الإذن العام؛ لأن الشيء لا يبطل بما هو دُونه، ولأن الحَجْر إذا لم يشتهر فالنَّاس يعاملونه بناء على الإذن العام، ثم يظهرالحجر فيلحقهم ضَرَر الغرور وهو إتلاف ديونهم في ذِمَّة المفلس، ومعنى التعزير لا يتحقَّق في الإذن العام؛ لأن الناس يمْتَنعون عن معاملته، فلا يلحقهم ضرر الغُرُور ويبطل به الإذن الخاصّ؛ لأن الحَجْر صحيح في حقهما حسب صحة الإذن، فجاز أن يَبْطل به؛ لأن الشيء يحتمل البُطْلان بمثله، ومن شرط صحَّة هذين النوعين علم العبد بهما؛ فإن لم يعلم لا يصير محجوراً؛ لأن الحجر منع من تصرّف شرعي، وحكم المنع في الشّرائع لا يلزم المَمْنُوع إلا بعد العلم كما في سائر الأحكام الشرعيَّة.

ولو أخبره بالحجر رجُلان أو رجل وامرأتان، عدلاً كان أو غير عدل صار محجوراً بالإجماع.

وكذلك إذا أخبره واحد عدل رجلاً كان أو امرأة، حراً كان أو عبداً، أو أخبر واحد غير عَدْل وصدقه، لأن خبر الوَاحِد في المعاملات مقبول من غير شَرْط العَدَد والعدالة والذكورة والحرية إذا صدقه فيه، وأما إذا كذبه فلا يصير محجوراً عند أبي حنيفة - رحمه الله - وإن ظهر [له][1] صدق المخبر، وعندهما: يصير محجوراً صدقه [المولى][2] أو كذبه إذا ظهر صدق المخبر، ولو كان المخبر رسولاً يصير محجوراً بالإجْماع صدقه أو كذبه.

ولو اشترى المَأْذُون عبداً فأذن له بالتجارة، فحجر المولى على أحدهما، فإن حجر على الأسفل لم يصح، سواء كان على الأعلى دين أو لم يكن؛ لأنه مأذون من جهة الأعلى لا من جهة المولى، وإن حجر على الأعلى ينظر إن لم يكن عَلَيْه دين لا يصير الأسفل محجوراً

---

(١) سقط في ط. (٢) سقط في ط.

عليه؛ لأنه إذا لم يكن عليه دين فهما عَبْدان مملوكان للمَوْلى، فيصير كأنه أذن لهما ثم حَجَر على أحدهما، ولو كان كذلك ينحجر أحدهما بحجر الآخر، كذا هذا.

وإن كان على الأعلى دين يصير محجوراً عند أبي حنيفة، وعندهما: لا يصير محجوراً؛ بناء على أن المَوْلى لا يملك كَسْب عبده المأذون المديُون عنده، وعندهما: يملك.

ووجه البناء: أنه لما لم يملك عبده وقد استفاد الإذْن من جهة الأعلى لا من جهة المولى ـ صار حَجْر الأعلى كموته، ولو مات لصار الثاني محجوراً كذا هذا، ولما ملك عندهما صار الجَرَاب في هذا وفي الأول سواء، والله أعلم بالصواب.

وأما الدّلالة فأنواع: منها البيع؛ وهو أن يبيعه المولى ولا دَيْن عليه؛ لأنه زال ملكه بالبَيْع، وحدث للمشتري فيه ملك جديد، فيزول إذن البَائِع لزوال ملكه، ولم يوجد الإذن من المشْتَري فيصير محجوراً.

ومنها الاستيلاد؛ بأن كان المأذون جارية فاسْتَولدها المولى [استحساناً، والقياس][1] ألاّ يبطل به الإذن؛ لأنها قادرة على التصرُّف بعد الاستيلاد.

وجه الاستحسان: أن التِّجارة لا بدَّ لها من الخُرُوج إلى الأسواق، وأمهات الأولاد مَمْنُوعات عن الخُرُوج في العَادات، فكان الاستيلاد حجراً دلالة. وأما التدبير فلا يكون حَجْراً؛ لأنه لا ينفي الإذن؛ الإذن إطلاق والتدبير لا ينافيه، ومنها لحوقه بدار الحرب مرتداً؛ لأن الردة مع اللحوق توجب زَوَال الملك، وذا يمنع بقاء الإذن فكان حجراً دلالة، فإن لم يلحق بدار الحرب فعلى قياس قول أبي حنيفة ـ رضي الله عنه ـ: ينبغي أن يقف تصرُّف المأذون بعد/ الردة، وعلى قياس قولهما: ينفذ، والله أعلم بالصواب. ٣/ ٢٥٧أ

وأما الضرورة فأنواع أيضاً: منها موته لأن الموت مبطل للملك، وبطلان الملك يوجب بُطْلاَن الإذن على ما بينّا، ومنها جنونه جنوناً مطبقاً؛ لأن أهلية الإذن شَرْط بقاء الإذن؛ لأن الإذن بالتجارة غير لازم، فكان لبقائه حكم الابتداء، ثم ابتداء الإذن لا يصحُّ من غير الأهل فلا يبقى أيضاً، والجنون المطبق مبطل للأهلية فصار محجوراً، فإن أفاق يعود مأذوناً؛ لأن بطلان الإذن لبطلان الأهلية مع احتمال العود، فإذا أفاق عادت الأهلية فعاد مأذوناً، وصار كالموكل إذا أفاق بعد جُنُونه أنه تعود الوكالة، كذا هذا.

وأما الإغماء فلا يوجب الحجر؛ لأنه لا يبطل الأهلية لكونه على شَرَف الزوال ساعة فساعة عادة، ولهذا لا يمنع وُجُوب سائر العِبَادات، وأما الذي يرجع إلى العبد فأنواع أيضاً:

---

(١) بدل ما بين المعكوفين في أ: بطل الإذن استحساناً في القياس.

منها إباقه لأنه بالإباق تنقطع مَنَافع تصرفه عن المولى، فلا يرضى به المولى، وهذا ينافي الإذن؛ لأن تصرُّف المأذون برضا المولى.

ومنها: جنونه جنوناً مطبقاً؛ لأنه مبطل أهلية التجارة على وَجْه لا يحتمل العود إلا على سبيل النُّدرة؛ لزوال ما هو مبنيٌّ عليه وهو العقل، فلم يكن في بقاء الإذن فائدة فيبطل، ولو أفاق بعد ذلك لا يعُودُ مأذوناً بخلاف الموكل، والله سبحانه وتعالى أعلم.

وأما الجُنُون الذي هو غير مطبق فلا يوجب الحَجْر؛ لأن غير المطبق منه ليس بمبطل للأهلية، لكونه على شَرَف الزَّوال فكان في حكم الإغماء، ومنها ردته عند أبي حنيفة، وعندهما: لا توجب الحجر بناءً على وقوف تصرُّفاته عنده ونفوذها عندهما.

ومنها لحوقه بدار الحَرْب مرتداً؛ لأن اللحوق بدار الحرب مرتداً بمنزلة الموت، فكان مبطلاً للأهلية فيصير محجوراً، لكن عند أبي حنيفة ـ رحمه الله ـ من وقت الردَّة، وعندهما: من وقت اللحوق، والله تعالى أعلم.

فصل في حكم الحجر

وأما حكم الحَجْر فهو انحجار العبد في حق المولى عن كل تصرُّف كان يملكه بسبب الإذن، فلا يملك الإقرار بالدين إذا لم يكن في يده مال؛ لأن صحة إقرار المأذون بالدين؛ لكونه من ضَرُورات التِّجارة على ما بينا، ولا يملك التجارة فلا يَمْلك الإقرار بما هو من ضَرْوراتها في حقِّ المولى، لكن يتبع به بعد العتاق؛ لأن إقراره صحيح في [حق][1] نفسه لصُدُوره من الأهل، لكن لم يظهر للحال لحق المولى، فإذا عتق فقد زَال المانع فيظهر.

وإن كان في يده مال ينفذ إقراره فيما في يده عند أبي حنيفة، وعندهما: لا ينفذ؛ لأنه إقرار المحْجُور فكيف ينفذ؟.

ولأبي حنيفة ـ رضي الله عنه ـ: أنه غير محجور فيما في يده، ولم يصحَّ الحجر في حق ما في يده؛ لأنه لو صحَّ لتبادر الموالي إلى حجر عبيدهم المأذونين في التجارة إذا عَلِمُوا أن عليهم ديناً لتسلم لهم أكسابهم التي في أيديهم، وقد لا يكون للغُرَماء بينة على ذلك، فيتضرر به الغرماء لتعلق ديُونهم بذمَّة العبد المفلس، فكان إقراره فيما في يَدِه من المَالِ من ضَرُورات التجارة، فأشبه إقرار المأذون، بخلاف ما إذا لم يكن في يده مال؛ لأن الحجر من المولى للوصول إلى الكَسْب، فإذا لم يكن في يده كَسْب فلا يحجر، فهو الفرق بين الفَصْلين.

---

(١) سقط في ط.

ولو ظهر عليه الدَّين بالبينة أو المعاينة وفي يده كسب، فحجره المولى - لا سبيل للمولى على الكسب؛ لأن حق الغُرماء متعلق به، ويملك الإقرار على نفسه بالحدود والقِصَاص، صدقه المولى أو كذبه؛ لأنه لا ملك للمولى في نفسه في حق الحدود والقِصَاص، فاستوى فيه تَصْديقه وتكذيبه، ولايحتاج في إقامتها إلى حضور المولى بالإجماع، وفيما إذا ثَبَت ذلك ببينة قامتْ عليه اختلاف ذكرناه فيما قبل، والمحجور في الجناية عمداً أو خطأ والمأذون سواء، وموضع معرفة حكم جِنَايتهما كتاب الدِّيات، [وسنذكره فيه إن شاء الله تعالى][1].

(١) بدل ما بين المعكوفين في أ: وقد ذكرناه فيه والله أعلم بالصواب وإليه المرجع والمآب وبتمامه تم الجزء الثالث من البدائع في الفقه يتلوه الجزء الرابع إن شاء الله تعالى كتاب الأقرار، وكان الفراغ منه في اليوم المبارك العاشر من شهر جمادى الآخر من شهور سنة خمسمائة، على يد أفقر عباد الله وأحوجهم إلى رضا مولاه إسماعيل بن محمد بن أبي الفتح الدنوشري الشافعي الرافعي غفر الله له ولوالديه والمسلمين آمين، وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم.

كتاب الإقْرَار[1]

الكلام في هذا الكتاب يَقَع في مواضع.

في بيان ركن الإقرار.

وفي بيان الشَّرائط التي يَصِير الرُّكن بها إقراراً شرعاً.

---

(١) الإقرار لُغَةً: إفعال، من قرَّ الشيءَ: إذا ثبت يقر، من باب ضرب وعلم وثبت وسكن، وأقره في مكانه: أثبته بعد أن كان مُزَلْزَلاً، وأقرَّ له بحقِّه: أذْعَنَ واعترف، إذاً فالإقرار إثبات لما كان متزلزلاً بين الإقرار والجحود.
ينظر الصحاح ٢/٧٨٨، لسان العرب ٥/ ٣٥٨٢، أنيس الفقهاء ص (٢٤٣).
واصطلاحاً: عرفه الشَّافعية بأنه: إخبار بحقٍّ على المقر.
عرفه المالكية بأنه: خبر يوجب حكم صدقه على قائله فقط بلفظه، أو لفظ نائبه.
عرفه الحنفية بأنه: إخْبَارٌ بحق لآخر، لا إثبات له عليه.
عرفه الحنابلة بأنه: إظهار مكلّف مختار ما عليه بلفظ أو كتابة، أو إشارة أخرس، أو على موكل، أو موليه، أو مورثه بما يمكن صدقه.
حاشية الباجوري ٢/٢، الخرشي ٦/٨٦ ـ ٨٧، الدرر ٢/٣٥٧، منتهى الإيرادات ٢/ ٦٨٤.
سبب الإقرار: إرادة إسقاط الواجب عن ذمته بإخباره وإعلامه؛ لئلا يبقى في تبعة الواجب. فإذا قال محمد لخالد لك علي ألف جنيه مثلاً فقد أفرغ ذمّته مما عليه وصار خالصاً من عهدة الواجب.
ومحاسن الإقرار كثيرة: منها ما يأتي:
(١) إسقاط واجب النّاس عن ذمّته وقطع ألسنتهم عن مَذَمَّتِهِ.
(ب) إيصال الحق إلى صاحبه وتبليغ المكسوب إلى كاسبه، فكان فيه إنفاع صاحب الحق وإرضاء خالق الخلق.
(ج) إحماد الناس المُقِرَّ بصدق القول، ووصفهم إيَّاهُ بوفاء العهد وإنالة النول.
(د) حسن المُعَاملة بينه وبين غيره.
أما أطراف الإقرار فهي الأمور التي يستلزمها الإقرار بحيث لا يتصور إقرار بدونها وهي أربعة: مقر، ومقر له، ومقر به، وإقرار؛ فإذا قال سعيد لمحمد لك علي ألف درهم مثلاً؛ فهنا يقال لسعيد: مقر، ولمحمد: مقر له، وللألف درهم: مقر به، وللصيغة التي صدرت من المقر: إقرار ينظر: الإقرار لشيخنا عبد الحميد حسن طائل.

وفي بيان ما يصدق المقر فيما ألحق بإقراره من القرائن مما لا يكون[١] رجوعاً حقيقة، وما لا يصدق فيه مما يكون رجوعاً عنه.

وفي بيان ما يبطل به الإقرار بعد وجوده.

أما ركن[٢] الإقرار فنوعان: صريح ودلالة؛ فالصريح نحو أن يقول: لفلان علي ألف درهم؛ لأن كلمة «عليّ» كلمة إيجاب لغةً وشرعاً؛ قال الله تبارك وتعالى: ﴿وَلِلَّهِ عَلَى النَّاسِ حِجُّ الْبَيْتِ مَنِ اسْتَطَاعَ إِلَيْهِ سَبِيلاً﴾ [آل عمران: ٩٧] وكذا إذا قال لرجل: لي عليك ألف درهم، فقال الرجل: نعم؛ لأن كلمة «نعم» خرجت جواباً لكلامه. وجواب الكَلام إعادة له لغة، كأنه قال: لك علي ألف درهم، وكذلك إذا قال: لفلان في ذمتي ألف درهم؛ لأن ما في الذّمة هو الدين، فيكون إقراراً بالدين.

ولو قال لفلان: قِبلي ألف درهم ذكر القدوري ـ رحمه الله ـ أنه إقرار بأمانة في يده، وذكر الكرخي ـ رحمه الله ـ أنه يكون إقراراً بالدين.

وجهُ ما ذكره الكرخي: أن القبالة هي الكَفالة، قال الله سبحانه وتعالى عز من قائل: ﴿وَالمَلائِكَةِ قَبِيلاً﴾ [الإسراء: ٩٢] أي كفيلاً، والكَفَالة هي الضَّمان؛ قال الله تبارك وتعالى: ﴿وَكَفَلَهَا زَكَرِيَّا﴾ [آل عمران: ٣٧] على قراءة التخفيف[٣] أي ضمن القِيَام بأمرها. وجه ما ذكره

---

(١) في ط: ما لا يكون.

(٢) ركن الإقرار هو اللفظ أو ما في حكمه «من كتابة أو إشارة أو سكوت حسب التفصيل في ذلك» الدال على الأخبار بثبوت حق للغير على النفس نحو أن يقول لفلان علي ألف جنيه أو مائة درهم أو هذه الدار ملك زيد أو هذه الفرس لسعد بن علي أو ما أشبه ذلك.
وذلك لأنه بهذا القول يتحقق ظهور الحق وانكشافه وهذا شأن ركن الماهية.

(٣) قرأ مجاهد: «فتقبّلْها» بسكوت اللام، «ربَّها» منصوباً، و«أنبِتها» بكسر الباء وسكون التاء، و«كَفِّلْها» بكسر الفاء وسكون اللام، وقرأ أُبَيٌّ: «وأَكْفَلَها كـ «أَكْرَمَها» فعلاً ماضياً. وقرأ عبد الله المزني «وكَفِلَها» بكسر الفاء والتخفيف.
فأما قراءةُ الكوفيين فإنهم عَدَّوا الفعلَ بالتضعيف إلى مفعولين، ثانيهما «زكريا» فَمَنْ قَصَره كالأخوين وحفص كان عنده مقدَّر النصبِ، ومن مدَّه كأبي بكر عن عاصم أظهر فيه الفتحة، وهكذا قَرَأْتُه.
وأمَّا قراءة بقية السبعةِ فَكَفَلَ مخففٌ عندهم متعدٌ لواحد وهو ضمير مريم، وفاعله «زكريا»، ولا مخالفةَ بين القراءتين؛ لأنَّ الله لَمَّا كَفَّلها إياه كَفَلَها، وهي في قراءتهم ممدودٌ مرفوعٌ بالفاعلية.
وأَمَّا قراءةُ «أَكْفَلَها» فإنه عَدَّاه بالهمزة كما عَدَّاه غيرهُ بالتضعيف نحو: خَرَّجْته وأَخْرجته، وكَرَّمته وأَكْرمته، وهذه كقراءة الكوفيين في المعنى والإعراب، فإنَّ الفاعل هو الله تعالى، والمفعولُ الأول هو ضمير مريم والثاني هو «زكريا».
وأمَّا قراءة: «وكَفِلها» بكسر الفاء فإنها لغةٌ في كَفَل، يقال: كَفَلَ يَكْفُل، كَقَتل يقتُل، وهي الفاشية، وكَفِلَ =

القدوري - رحمه الله -: أن القبالة تستعمل بمعنى الضَّمان وتستعمل بمَعْنى الأمانة، فإن محمداً - رحمه الله - ذكر في الأصْل أن من قال: لا حق لي على فلان يبرأ عن الدَّين، ومن قَالَ: لا حق لي عند فُلاَن أو معه يبرأ عن الأمانة. ولو قال: لا حق لي قبله يبرأ عن الدَّين والأمانة جميعاً، فكانت القبالة محتملة للضمان والأمانة، والضمان لم يعرف وجُوبه فلا يَجِب بالاحْتِمَال.

ولو قال: له في دراهمي هذه ألف درهم، يكون إقراراً بالشَّركة، ولو قال: له في مالي ألف درهم - ذكر في الأصل أن هذا إقرار له، ولم يذكر أنه مضمون أو أمانة، واختلف المشايخ فيه.

قال الجصاص - رحمه الله - إنه يكون إقراراً بالشركة له كما في الفَصْل الأول؛ لأنه جعل ماله ظرفا للمقرّ به وهو الألف، فيقتضي الخَلْط وهو معنى الشَّركة.

وقال بعضهم: إن كان ماله محصوراً يكون إقراراً بالشَّركة، وإن لم يكن محصوراً يكون إقراراً بالدين، فظاهر إطلاق الكتاب يدل على الإقرار بالدين كيفما كان؛ لأن كلمة الظرف في مثل هذا تُسْتعمل في الوُجُوب؛ قال النبي - عليه الصلاة والسلام -: فِي الرِّقَةِ رُبُعُ العُشْرِ، وَفِي خَمْسٍ مِنَ الإبِلِ السَّائِمةِ شَاةٌ، وَفِي الرِّكَازِ الخُمسُ[(١)].

= يَكْفَلُ كَعَلِمَ يَعْلَم، وعليها هذه القراءة، وإعرابُها كإعرابِ قراءةِ الجماعة في كون «زكريا» فاعلاً.
وأمّا قراءةُ مجاهد فإنها كلّها على لفظِ الدعاءِ مِنْ أُمّ مريم لله تعالى بأنْ يفعلَ لها ما سألته. و«ربَّها» منصوب على النداء: أي: فتقبَّلْها يا ربَّها وأنْبِتْها وكَفِّلْها يا ربَّها. و«زكريا» في هذه القراءةِ مفعولٌ ثان أيضاً كقراءة الكوفيين. ينظر الدر المصون ٢/ ٧٦ - ٧٧.

(١) ورد دون قوله وفي الركاز الخمس من حديث أنس.
أخرجه البخاري (٣/ ٣١٧): كتاب الزكاة: باب زكاة الغنم، حديث (١٤٥٤)، وأبو داود (٢/ ٢١٤ - ٢١٩): كتاب الزكاة: باب في زكاة السائمة، حديث (١٥٦٧)، والنسائي (٥/ ١٨ : ٢٣): كتاب الزكاة: باب زكاة الإبل، وابن ماجة (١/ ٥٧٥): كتاب الزكاة: باب إذا أخذ المصدق سنًا دون سن أو فوق سن، حديث (١٨٠٠)، وأحمد (١/ ١١)، وابن الجارود (ص ١٢٥ : ١٢٧): كتاب الزكاة، حديث (٣٤٢)، والدارقطني (٢/ ١١٣، ١١٤): كتاب الزكاة: باب زكاة الإبل والغنم، حديث (٢)، والحاكم (١/ ٣٩٠: ٣٩٢): كتاب الزكاة، والبيهقي (٤/ ٨٥): كتاب الزكاة باب كيف فرض الصدقة، من حديث أنس بن مالك «أن أبا بكر الصديق - رضي الله عنه - لما استخلف، وجه أنس بن مالك إلى البحرين، فكتب له: بسم الله الرحمن الرحيم، هذه فريضة الصدقة التي فرض رسول الله ﷺ على المسلمين التي أمر بها رسول الله - ﷺ - فمن سألها من المسلمين على وجهها فليعطها، ومن سأل فوقها فلا يعطه». فذكر الحديث، وفيه: «ومن بلغت عنده من الإبل صدقة الجذعة، وليس عنده جذعة، وعنده حِقّة، فإنها تقبل منه، ويجعل معها شاتين إن تيسر، أو عشرين درهماً، ومن بلغت عنده صدقة الحقة، وليست عنده الحِقَّة وعنده جذعة، فإنها تقبل منه الجذعة ويعطيه المصدق عشرين درهماً أو شاتين ثم ذكر بقية السنين». =

ولو قال: له في مالي ألف درهم لا يكون إقراراً، بل يكون هبة؛ لأنه ليس فيه ما يدلُّ على الوُجُوب في الذمة؛ لأن اللام المضَافَ إلى أهل الملك للتَّمْليك، والتمليك بغير عِوَض هبة، وإذا كان هبة فلا يَمْلِكُها إلا بالقَبُول والتَّسليم. ولو قال: له في مالي ألف درهم لا حق

= وورد أيضاً من حديث ابن عمر.
أخرجه أبو داود (٢/ ٢٢٤): كتاب الزكاة: باب في زكاة السائمة، حديث (١٥٦٨)، والترمذي (٢/ ٦٦، ٦٧): كتاب الزكاة: باب ما جاء في زكاة الإبل والغنم، حديث (٦١٧)، وابن ماجه (١/ ٥٧٣ ـ ٥٧٤): كتاب الزكاة: باب صدقة الإبل، حديث (١٧٩٨)، وابن أبي شيبة (٣/ ١٢١، ١٢٢) كتاب الزكاة: باب في زكاة الإبل مما فيها، وأحمد (٢/ ١٥)، والحاكم: (١/ ٣٩٢، ٣٩٣): كتاب الزكاة، والبيهقي (٤/ ٨٨): كتاب الزكاة: باب كيف فرض الصدقة، من حديث ابن عمر: «أن رسول الله ﷺ كتب كتاب الصدقة فلم يخرجه إلى عماله حتى قبض فقرنه بسيفه. فلما قبض عمل به أبو بكر حتى قبض، وعمر حتى قبض. وكان فيه: «في خمس من الإبل شاة، وفي عشر شاتان، وفي خمس عشرة ثلاث شياه، وفي عشرين أربع شياه، وفي خمس وعشرين بنت مخاض إلى خمس وثلاثين، فإذا زادت ففيها بنت لبون إلى خمس وأربعين، فإذا زادت ففيها حِقَّةٌ إلى ستين، فإذا زادت فجذعة إلى خمس وسبعين، فإذا زادت ففيها ابنتا لبون إلى تسعين، فإذا زادت ففيها حقتان إلى عشرين ومائة، فإذا زادت على عشرين ومائة ففي كل خمسين حقة، وفي كل أربعين بنت لبون، وفي الشاء في كل أربعين شاة شاة إلى عشرين ومائة، فإذا زادت فشاتان إلى مائتين، فإذا زادت فثلاث شياه إلى ثلاثمائة شاة، فإذا زادت على ثلاثمائة شاة ففي كل مائة شاة شاة، ثم ليس فيها شيء حتى يبلغ مائة، ولا يجمع بين مفترق ولا يفرق بين مجتمع مخافة الصدقة، وما كان من خليطين فإنهما يتراجعان بالسوية، ولا يؤخذ في الصدقة هَرِمة، ولا ذات عيب».
وقال الترمذي: حديث ابن عمر حديث حسن... وقد روى يونس بن يزيد وغير واحد عن الزهري عن سالم هذا الحديث ولم يرفعوه وإنما رفعه سفيان بن حسن.
قال المباركفوري في «التحفة» (٣/ ٢٠٥) قال الحافظ في الفتح: وسفيان بن حسين ضعيف في الزهري وقد خالفه من هو أحفظ منه في الزهري فأرسله وقال المنذري: وسفيان بن حسين أخرج له مسلم واستشهد به البخاري إلا أن حديثه عن الزهري فيه مقال وقد تابع سفيان بن حسين على رفعه سليمان بن كثير وهو محسن اتفق البخاري ومسلم على الاحتجاج به وقال الترمذي في كتاب العلل: سألت محمد بن إسماعيل عن هذا الحديث فقال أرجو أن يكون محفوظاً وسفيان بن حسين صدوق قال ابن عدي في «الكامل» (٣/ ٤١٤): سمعت أبا يعلى يقول: قيل ليحيى بن معين ـ يعني وهو حاضر ـ فحديث سفيان بن حسين عن الزهري عن سالم عن أبيه في الصدقات؟ فقال: وهذا لم يتابع سفيان عليه أحد ليس يصح رواه عن سفيان عباد بن العوام وغيره وقد وافق سفيان بن حسين على هذه الرواية عن سالم عن أبيه حديث الصدقات سليمان بن كثير أخو محمد بن كثير اهـ.
وللحديث شاهد قوي من حديث بهز بن حكيم عن أبيه عن جده.
أخرجه أبو داود (١/ ٤٩٤) كتاب الزكاة: باب في زكاة السائمة؛ (١٥٧٥) والنسائي (٥/ ٤١) والدارمي (١/ ٣٩٦) وابن الجارود (٣٤١) والحاكم (١/ ٣٩٨) والبيهقي (٤/ ١٠٥) وأحمد (٤/ ٤٦٢) بلفظ: في كل إبل سائمة في كل أربعين ابنة لبون.
وأما حديث في الركاز الخمس فقد تقدم في الزكاة.

له[١] فيها فهو إقْرَارٍ بالدين؛ لأن الألف التي لا حق له فيها/ لا تكون [ديناً][٢]؛ إذ لو كانت هبة لَكَان له فيها حقّ. ٣/٢٥٧ب

ولو قال: له عندي ألف درهم فهو وديعة؛ لأن عندي لا تدل على الوُجُوب في الذمة، بل هي كلمة حضرة وقُرْب، ولا اخْتِصَاص لهذا المعنى بالوُجُوب في الذمَّة، فلا يثبت الوُجُوب إلا بِدَليل زائد، وكذلك لو قال: لفلان معي أو في منزلي أو في بيتي أو في صندوقي ألف درهم، فذلك كله وَدِيعة؛ لأن هذه الألفاظ لا تدل إلا على قيام اليد على المذكور، وذا لا يَقْتَضِي الوُجُوب في الذمة لا محالة، فلم يكن إقراراً بالدين فكانت وديعة؛ لأنها في متعارف الناس تستعمل في الودائع، فعند الإطلاق تصرف إليها.

ولو قال: له عندي ألف درهم عارية فهو قَرْض؛ لأن عندي تستعمل في الأمانات وقد فسر بالعارية، وعارية الدَّراهم والدنانير تكون قرضاً؛ إذ لا يمكن الانتفاع بها إلا باستهلاكها، وإعارة ما لا يمكن الانْتِفَاع به إلا باستهلاكه يكون قرضاً في المتعارف، وكذلك هذا في كل ما يكال أو يوزن لتعذر الانتفاع بها بدون الاستهلاك، فكان الإقرار بإعارتها إقرار بالقَرْض، والله تعالى أعلم.

وأما الدلالة فهي أن يقول له رجل: لي عليك ألف فيقول قد قضيتها؛ لأن القَضَاء اسم لتسيلم مثل الوَاجِب في الذِّمة، فيقتضي سابقية الوجوب، فكان الإقرار بالقَضَاء إقراراً بالوجوب، ثم يدَّعي الخُرُوج عنه بالقَضَاء فلا يصحُّ إلا بالبينة. وكذلك إذا قال له رجل: لي عليك ألف دِرْهَم فقال: اتزنها؛ لأنه أضاف الاتزان إلى الألف المدَّعاة، والإنسان لا يأمر المدّعي بإتزان المدّعى إلا بعد كونه واجباً عليه، فكان الأمر بالاتزان إقراراً بالدين دلالة، وكذلك إذا قال: انتقدها لما قلنا.

ولو قال: أتزن أو أتنقد لم يكن إقراراً؛ لأنه لم توجد الإضافة إلى المدعي فيحتمل الأمر باتزان شيء آخر، فإن يَحْمل على الإقرار بالاحتمال، وكذا إذا قال: أجلني بها؛ لأن [معنى][٣] التأجيل تأخير المطَالبة مع قِيَام أصْل الدَّين في الذمة كالدين المؤجل[٤]، والله تعالى أعلم.

---

(١) في ب: لي.

(٢) بدل ما بين المعكوفين في ب: إلا الدين.

(٣) في ب: قضيتكها.

(٤) سقط في ط.

(٥) ونحو ذلك يكون جواباً وإقراراً بالدين ما لم يكن مصحوباً بالقرائن كنغمة الصوت أو إشارة معروفة تدل على قصد الاستهزاء.

قال الزيلعي ـ وشارح الدر ومحشيه «والأصل فيه أن الجواب ينتظم إعادة الخطاب ليفيد الكلام فكل ما يصلح جواباً ولا يصلح ابتداء يجعل جواباً وما يصلح للابتداء لا للبناء أو يصلح لهما فإنه يجعل ابتداء لوقوع الشك في كونه جواباً لئلا يلزمه المال بالشك فإن ذكر هاء الكناية يصلح جواباً لا ابتداء وإذا لم =

....

= يذكر الهاء لا يصلح جواباً أو يصلح ابتداء وجواباً فلا يكون إقرار بالشك هذا (أي التفصيل بين ذكر الضمير وعدمه) إذا كان الجواب مستقلاً بالمفهومية بحيث يحسن السكوت عليه وإن كان غير مستقل بها كقوله نعم وأجل يكون إقراراً مطلقاً (أي ذكر الضمير كقوله نعم هو علي أو لم يذكره كما مثل) لأنه غير مستقل وقد أخرجه جواباً وهو صالح له فصار ما تقدم من الخطاب كالمعاد فيه اهـ.

وهنا نذكر الإقرار بالإشارة والإقرار بالكتابة: فأما الإقرار بالإشارة فيتبع والتفصيل الآتي وهو أن المقر إما أن يكون ناطقاً أو أخرس. والناطق إما أن يكون معتقل اللسان أو لا يكون معتقله فإن كان أخرس وله إشارة معهودة مفهومة صح إقراره بإشارته المعهودة سواء أكان قادراً على الكتابة أم لا على المعتمد وتقوم إشارته مقام عبارته في كل شيء من إقراره وبيع ورهن وهبة ونكاح وطلاق وإجارة وعتاق وإبراء وقصاص إلا في الحدود والشهادة لأن مبناهما على صريح البيان بخلاف القصاص فإنه غير مبني على صريح البيان فإنه إذا أقر مطلقاً عن صفة التعمد بذكر آلة دالة عليه وهي السيف ونحوه يستوفي بمثله القصاص. وقيل يشترط عدم القدرة على الكتابة وكتابته كإشارته يعمل بها وإن كان ناطقاً معتقل اللسان ففيه خلاف والفتوى على أنه إن دامت العقلة إلى وقت الموت يجوز إقراره بإشارته إذا كانت معلومة معهودة فإن إشارته حينئذٍ تكون معتبرة ويجوز إقراره بها وينزل منزلة الأخرس بالنسبة إليها وقدر بعضهم الامتداد بسنه. وإن كان ناطقاً غير معتقل اللسان لم تعتبر إشارته لأن الإفصاح بالنطق ممكن فلا يعدل عنه إلى غيره بلا موجب فحيث أمكنت العبارة لم تعتبر الإشارة ألا في مسائل قالوا تعتبر فيها الإشارة مع القدرة على العبادة وهي.

«١» الإفتاء فلو سأل مفتيا عن حكم وقال له أهكذا الحكم فأشار برأسه أي نعم كان مفتياً بما أشار به.

«٢» الإقرار بالنسب فإذا قيل لرجل هذا ابنك وأشير إلى غلام مجهول النسب يولد مثله لمثله فأشار برأسه أي نعم كان مقراً بنسبه والعامل بإقراره.

«٣» الإقرار بالكفر فإذا قيل لإنسان أتعتقد هذا المكفر فأشار برأسه أي نعم كان مقراً بالكفر.

«٤» إشارة المحرم للصيد فإنه يؤاخذ به ويجازى عليه.

«٥» إجازة الشيخ لراوي الحديث فإنها تجوز بالإشارة.

«٦» الحنث في اليمين فإذا حلف لا يظهر سر فلان فأشار برأسه بما يظهر به السر كان حانثاً في يمينه بإشارته.

«٧» تعديل الشاهد يجوز أن يكون بالإشارة كما يكون بالعبارة.

«٨» الإسلام فإنه يجوز أن يكون بالإشارة.

«٩» أمان الكافر يجوز أن يكون بالإشارة أيضاً.

فالإشارة في جميع الصور المذكورة معتبرة يعمل بها مع القدرة على العبارة وفيما عداها لا يعمل بالإشارة مع القدرة على العبارة أصلاً.

وقال في الأشباه وأما الإقرار بالكتابة ففي البزازية كتب كتاباً فيه إقرار بين يدي الشهود فهذا على أقسام «الأول» أن يكتب ولا يقول شيئاً وهذا لا يكون إقراراً ولا تجوز حينئذٍ الشهادة بأنه أقر.

ـ وقال القاضي النسفي رحمه الله تعالى: إن كتب مصدراً يعني كتب في صدره أن فلان ابن فلان له علي كذا أو أما بعد فلفلان علي كذا مرسوماً وعلم الشاهد حل له الشهادة على إقراره كما لو أقر كذلك وإن لم يقل أشهد على فعلي هذا إذا كتب للغائب على وجه الرسالة أما بعد فعلي لك كذا يكون إقراره لأن الكتابة من الغائب كالخطاب من الحاضر فيكون متكلماً وعامة المشايخ على خلافة لأن الكتابة قد تكون للتجربة وفي حق الأخرس يشترط أن يكون معنوناً مصدراً وإن لم يكن إلى الغائب. =

ولو قال له رجل: لي عليك ألف درهم فقال: حقًّا يكُون إقرارًا؛ لأن معناه حققت فيما قلت؛ لأن انتصاب المصدر لا بدَّ له من اضمار[١] صدره وهو الفعل، ويحتمل أن يكون معناه قل: حقاً أو الزم حقاً ولكنّ الأول أظْهَر، وكذلك إذا قال: أحق؛ لأنه تعريف المصْدر وهو قوله: حقاً؛ وكذلك لو قال: صدقاً أو الصدقُ أو يقيناً أو اليَقِين لما قلنا.

= «الثاني» كتب وقرأ عند الشهود لهم أن يشهدوا وإن لم يقل اشهدوا علي.

«الثالث» أن يقرأ الكتاب غيره على الشهود فيقول الكاتب اشهدوا على به.

«الرابع» أن يكتب عندهم ويقول اشهدوا على بما فيه إن علموا ما فيه كان إقراراً وإلا فلا وذكر القاضي إنه لو ادعى على آخر مالاً وأخرج خطاً وقال إنه خط المدعى عليه بهذا المال فأنكر أنه خطه فاستكتب وكان بين الخطين مشابهة ظاهرة دالة على أنهما خط كاتب واحد لا يحكم عليه بالمال في الصحيح لأنه لا يزيد على أن يقول هذا خطي وأنا حررته لكن ليس على هذا المال وثمة لا يجب عليه فكذا هنا إلا في دفتر البياع والصراف والسماء فكان الخط فيه حجة اهـ.

وقيل يحكم عليه بالمال وعلى ذلك جرى أئمة بخارى ـ ذكر أبو الليث في نوازله لو ادعى على آخر مالاً وأخرج بذلك خطا بخط يده على إقراره بذلك المال فأنكر المدعى عليه أنه خطه فاستكتب فكتب فكان بين الخطين مشابهة ظاهرة دالة على أنهما خط كاتب واحد.

قال أئمة بخارى: إنه حجة يقضي بهذا ونقل صاحب المحيط عن محمد أنه نص أن ذلك لا يكون حجة لأن هذا لا يكون أعلى حالاً مما لو أقر فقال هذا خطي وأنا كتبته غير أنه ليس له على هذا المحال كان القول قوله ولا شيء عليه اهـ ملخصاً.

ولنذكر هنا خلاصة ما قاله الفقهاء في العمل بالخط لاتصاله بموضوعنا وقال في الأشباه وحاشيته لا يعتمد على الخط ولا يعمل به لأن القاضي لا يقضي إلا بالحجة وهي البينة أو الإقرار. أو النكول. أما الصك فلا يصلح حجة لأن الخط يشبه الخط واستثنى من ذلك مسألتان كتاب أهل الحرب بطلب الأمان إلى الإمام فإنه يعمل به ويثبت لحامله الأمان ويلحق بذلك البراءة السلطانية بالوظائف.

«الثانية» دفتر السمسار والصراف والبياع فإنه يعمل به وذلك لأنه لا يكتب في هذا الدفتر عادة إلا ماله وعليه والتزوير فيه بعيد اهـ ملخصاً.

وظاهر أن التعليل بمشابهة الخط للخط يقضي بصلاحيته للحجية عند التيقن به ويكون حينئذٍ إقراراً خطياً ويعمم في الإقرار بحيث يشمله كما أن استثناء المسألة الأولى للضرورة قاض بالعمل بالخط عند تحقق ضرورة أخرى تشبه ضرورة طلب الأمان كالعمل بالشهادات العلمية وشهادات المعافاة من القرعة وما أشبه ذلك وأن اعتبار الإقرار الكتابي حجة مما يتفق مع الفقه عند التيقن به ولذلك أجاز أبو يوسف ومحمد العمل بالخط في الشاهد والقاضي والراوي إذا أيقن أنه خطه ولم يتذكر الحادثة توسعة على الناس وعليه الفتوى وطرق التيقن ميسورة الآن حتى عند الإنكار والطعن في الخط ولذلك اعتبر الآن الإقرار الكتابي كالإقرار اللساني في الحجية وشرعت لإثباته والطعن فيه طرق مبينة في قانون المرافعات ولائحة المحاكم الشرعية ومنها المضاهات بين خطين بواسطة أهل الخبرة في ذلك وقد أفتى قارىء الهداية بأن المنسوب إليه الخط إذا أنكره يستكتبه القاضي فإذا قال أهل الخبرة هما واحد ألزمه الحق اهـ. ينظر: الإقرار لشيخنا عبد الحميد حسن طائل.

(١) في ط: إظهار.

ولو قال: براً أو البر لا يكون إقراراً؛ لأن لفظة البر مشترك تذكر على إرادة الصِّدق، وتذكر على إرادة التقوى، وتذكر على إرادة الخير، فلا يحمل على الإقرار بالاحتمال، وكذلك لو قال: صلاحاً أو الصلاح لا يكون إقراراً؛ لأن لفظة الصَّلاح لا تكون بمعنى التَّصديق والإقرار؛ فإنه لو صرح وقال له: صلحت لا يكون تصديقاً فيحمل على الأمر بالصَّلاح والاجتناب عن الكذب، هذا إذا ذكر لفظة مُفْرَدة من هذه الألفاظ الخمسة؛ فإن جمع بين لفظتين متجانستين أو مختلفتين، فحكمه يعرف في إقرار الجَامِع إن شاء الله تعالى.

ثم ركن الإقرار لا يخْلو إما أن يكون مطلقاً، وإما أن يكون ملحقاً بقرينة، فالمطلق هو قوله: لفلان علي كذا، وما يجري مجراه خالياً عن القرائن.

وأما الملحق بالقَرِينة فبيانه يشْتَمل على فَضْل بيان ما يصدق للمقرّ فيما ألحق بإقراره من القَرَائن[١] ما لا يكون رُجُوعاً وما لا يصدق فيه مما يكون رجوعاً فنقول: القَرِينة في الأصل نوعان: قَرِينَة مغيرة من حيث الظَّاهر مبنية على الحقيقة، وقرينة مبنية على الإطلاق، أما القَرِينة المغيرة مِنْ حيث الظَّاهر، والمبنية على الحقيقة فهي المسقطة لاسم الجملة، فيعتبر بها الاسم لكن يتبيّن بها المراد، فكان تغييراً صورة تبيينا معنى.

وأما القرينة المغيرة فتتنوع ثلاثة أنواع: نوع يَدْخُل في أصل الإقرار، ونوع يَدْخُل على وصف المقر به، ونوع يدخل على قَدْره، وكل ذلك قد يكون متصلاً وقد يكون منفصلاً.

أما الذي يدخل على أَصْل الإقرار فنحو التَّعليق بمشيئة الله تعالى متصلاً باللفظ؛ بأن قال: لفُلاَن علي ألف درهم إن شَاء الله تعالى، وهذا يمْنَع صحة الإقرار أصلاً؛ لأن تعليق مشيئة الله تبارك وتعالى يكون الألف في الذمة أمر لا يعرف، فإن شَاءَ كان وإن لم يشأ لم يكن، فلا يصحُّ الإقرار مع الاحتمال؛ ولأن الإقرار إخبار عن كائن، والكائن لا يحْتَمل تعليق كونه بالمَشِيئَةَ، فإن الفَاعِل[٢] إذا قال: أنا فاعل[٣] إن شاء الله تعالى يستحق، ولهذا أبطلنا القول بالاستثناء/ في الأيمان، والله تعالى أعلم بالصواب. ب

وكذا إذا علقه بمشيئة فلان لا يصحُّ الإقرار لما قلنا، ولو أقر بشرط الخيار بطل الشَّرط وصحَّ الإقرار؛ لما ذكرنا أن الإقرار إخبار عن ثابت في الذمَّة، وشَرْط الخيار في معنى الرُّجوع، والإقرار في حقوق العباد لا يحْتَمل الرُّجوع.

وأما الذي يدخل على وصْف المقر به؛ فإن كان متصلاً باللفظ؛ بأن قال: لفلان علي

(١) في ب: مما.
(٢) في ب: القاعد.
(٣) في ب: القاعد.

ألف درهم وديعةً يصحُّ ويكون إقراراً بالوديعة؛ وإن كان منفصلاً عنه بأن سكت ثم قال: عنيت به الوديعة، لا يصحُّ ويكون إقراراً بالدين؛ لأن بيان المغير لا يصحُّ إلا بِشَرْط الوصل كالاستثناء؛ وهذا لأن قوله: لفلان علي ألف درهم إخبار عن وجوب الألف عليه من حيث الظاهر.

ألا ترى أنه لو سكت عليه لكان كذلك، فإن قرن به قوله: وديعة وحكمها وجوب الحفظ ـ فقد غير حكم الظَّاهر من وجوب العَيْن إلى وجوب الحفظ، فكان بيان تغيير من حيث الظاهر، فلا يصحُّ إلا موصولاً كالاستثناء، وإنما يصح موصولاً؛ لأن قوله: علي ألف درهم يحتمل وجُوب الحِفْظ أي علي حفظ ألف درهم، وإن كان خلاف الظَّاهر فيصحّ بشرط الوَصْل.

ولو قال [الفلان](١): علي ألف درهم وديعةً قرضاً، أو مضاربة قرضاً، أو بضاعة قرضاً، أو قال: دينا مكان قوله: قرضا ـ فهو إقرار بالدَّين؛ لأن الجمع بين اللفظين في معناهما ممكن؛ لجواز أن يكون أمانة في الابتداء ثم يصير مضموناً في الانتهاء؛ إذ الضمان قد يطرأ على الأمانة كالوديعة المسْتَهلكة ونحوها، سواء وصل أو فصل، لأن الإنسان في الإقرار بالضَّمان على نفسه غير متهم.

وأما الذي يدْخل على قدر المقر به فنوعان:

أحدهما: الاستِثناء(٢).

---

(١) سقط في ط.

(٢) الاستثناء هو الإخراج بإلا أو إحدى أخواتها وهو باعتبار الحاصل من مجموع التركيب تكلم بالباقي بعد المستثنى فالاستثناء قرينة على أن الصدر لم يتناول المستثنى في حق الحكم فإذا قال قائل لفلان علي ألف درهم إلا مائتين كان الاستثناء قرينة على أن الألف لم تتناول المائتين في الحكم عليهما باللزوم وحينئذٍ يكون مقرًا من أول الأمر بثمانمائة فقط وليس مقراً أولاً بالألف ثم أخرج منها مائتان وإلا لكان رجوعاً عن الإقرار والرجوع عنه لحقوق العباد غير مقبول وعلى ذلك تكون الثمانمائة لها لفظان يدلان عليها: الثمانمائة، ولفظ ألف إلا مائتين وللمتكلم أن يستعمل ما شاء من الألفاظ للدلالة على مقصوده فتارة يعبر بالعبارة المطولة وتارة بالعبارة المختصرة وباعتبار أجزاء الكلام اللفظية نفي وإثبات دائماً بتقديم الإثبات على النفي إذا كان الكلام تاماً مثبتاً وبتأخره عنه إذا كان تاماً منفياً.

شروط صحّة الاستثناء واعتباره شرعاً

شروط الاستثناء هي «١» أن يكون متصلاً بالمستثنى منه إلا الضرورة فلو كان منفصلاً عنه لغير ضرورة لم يصح الاستثناء ولم يعتبر شرعاً وذلك نحو أن يقول لفلان عندي مائة جنيه ثم يسكت مدة من غير ضرورة ثم يقول إلا خمسين فإن هذا لا يصح وتلزمه المائة جميعها لأن تمام الكلام بآخره فإذا انقطع فقد تم فلا يعتبر الاستثناء بعد ذلك خلافاً لابن عبّاس حيث أجاز تأخيره ـ هذا ومثال الاستثناء المتصل ظاهر وذلك =

....

= نحو أن يقول لفلان علي عشرون جنيها إلا خمسة دفعة واحدة دون قطع للكلام ولا سكوت أصلاً بين جملة الاستثناء وجملة الكلام الأول ويلحق بالمتصل ما إذا حصل فصل للضرورة كسعال وأخذ فم وتنفس ونداء نحو أن يقول لك علي مائة درهم يا فلان إلا أربعين فإنه يصح لأن التنبيه المنادي لما يلقي إليه من الكلام فلم يكن أجنبياً منه فلا يضر الفصل به وكأنه لم يفصل أصلاً. والضابط في هذا أن الملائم للإقرار لا يمنع الاتصال وغيره يمنعه فمن قبيل الأول التنفس والسعال وأخذ الفم والنداء سواء كان المنادي مفرداً أو مضافاً وسواء كان هو المقر له أو غيره ومن قبيل الثاني التهليل والتسبيح والتكبير والإشهاد فإذا فصل بشيء من ذلك لم يصح الاستثناء.

«٢» ألا يكون المستثنى مستغرقاً للمستثنى منه بلفظه أو بما يساويه فإن كان مستغرقاً للمستثنى منه في الصورة المذكورة لم يصح الاستثناء ووجب الكل فمثال ما إذا كان المستثنى مستغرقاً للمستثنى منه بلفظه أن يقول لفلان علي ألف درهم ألا ألف درهم ومثال ما إذا كان مستغرقاً بالمساوىء أن يقول لفلان علي ألف درهم إلا خمسمائة وخمسمائة أو يقول عبيده أحرار إلا مماليكه فإن خمسمائة وخمسمائة تساوي الألف والمماليك تساوي العبيد ففي جميع هذه الصور لا يصح الاستثناء وتجب الألف في الصورتين الأوليين وتعتق جميع عبيده في الصورة الثالثة لأن الاستثناء تكلم بالحاصل بعده ولم يبق شيء ليصير متكلماً به فيكون رجوعاً فلا يصح. فلو كان الاستغراق آتياً من الخارج لا من اللفظ بأن كان لفظ المستثنى منه صالحاً لأن يدل لغة على أكثر من المستثنى ولكنه لا يوجد من مدلوله في الخارج إلا بقدر المستثنى صح الاستثناء وبطل الإقرار وذلك نحو أن يقول عبيده أحرار إلا هؤلاء وأشار إلى جميع من يملكهم من العبيد أو الأمر جانا وبخيتا وسعيدا وكان لا يملك غير من سماهم ويقول لفلان ثلث مالي إلا ألفا وهو لا يملك ألا ثلاثة آلاف فإنه يصح الاستثناء في جميع هذه الصور ولا تعتق عبيده في الصورتين الأوليين ولا يجب عليه شيء في الصورة الثالثة وذلك لأن الشرط في صحة الاستثناء إيهام البقاء لا حقيقته لأن الاستثناء يتبع صحة الكلام لفظاً لا تحقق ما دخل تحته لأنه تصرف لفظي فينبني على صحة اللفظ لا على صحة الحكم ألا يرى أنه إذا قال لامرأته أنت طالق ست طلقات إلا أربعاً يصح الاستثناء حتى يقع تطليقاته وإن كانت الست لا صحة لها من حيث الحكم لأن الطلاق لا مزيد له على الثلاث ومع هذا لا يجعل كأنه قال أنت طالق ثلاثاً إلا أربعاً لما ذكرنا أن صحة الاستثناء تتبع صحة اللفظ دون الحكم، وإيهام البقاء الذي هو شرط صحة الاستثناء موجود في كل استغراق آت من الخارج لا من اللفظ هذا المستغرق فإذا كان غير مستغرق صح الاستثناء ووجب الباقي وذلك نحو أن يقول لفلان علي عشرة جنيهات إلا أربعة فإنه يصح وتجب ستة جنيهات. أو كان المستثنى أكثر من المستثنى منه نحو أن يقول لفلان علي تسعة دراهم إلا عشرة فجائز في ظاهر الرواية ونطرح القليل من الكثير ونوجب الفرق بينهما وهو في مسألتنا درهم وروي عن أبي يوسف أنه لا يصح والصحيح جواب ظاهر الرواية لأن المنقول عن أئمة اللغة رحمهم الله أن الاستثناء تكلم بالباقي بعد الثنيا (المستثنى) وهذا المعنى كما يوجد في استثناء القليل من الكثير يوجد في استثناء الكثير من القليل ألا أن هذا النوع من الاستثناء غير مستحسن عند أهل اللغة لأنهم إنما وضعوا الاستثناء لحاجتهم إلى استدراك الغلط ومثل هذا الغلط مما يندر وقوعه غاية الندرة فلا حاجة إلى استدراكه لكن يحتمل الوقوع في الجملة فيصح.

«٣» أن يكون المستثنى من جنس المستثنى منه أو يكون من خلاف جنسه وهو مما يثبت دينا في الذمة وهو المكيل والموزون والعددي المتقارب كالجوز والبيض فلو كان من خلاف جنسه وكان مما لا يثبت =

والثاني: الاستدراك؛ أما الاستثناء في الأصل فنوعان:

= في الذمة لم يصح الاستثناء إجماعاً فمثال ما إذا كان المستثنى من جنس المستثنى منه أن يقول لفلان علي عشرون درهماً إلا خمسة دراهم ومثال ما إذا كان المستثنى من خلاف جنس المستثنى منه ولكنه مما يثبت في الذمة لكونه من المقدرات أن يقول لفلان علي عشرة جنيهات إلا أردب قمح وهذا صحيح عند الشيخين وهو الاستحسان ونطرح قيمة المستثنى من المستثنى منه وما بقي يكون هو الواجب فإن استغرقت القيمة كل المستثنى منه لم يجب شيء على المقر وقال محمد وزفر لا يصح هذا الاستثناء لأنه إخراج بعض ما تناوله صدر الكلام على معنى أنه لولا الاستثناء لكان داخلاً تحت اللفظ وهذا لا يتصور في خلاف الجنس لعدم دخوله تحت اللفظ وللشيخين أن القياس ما قاله محمد وزفر لما قلنا إلا أنهما استحسنا في المقدرات وهي المكيل والموزون لأنهما جنس واحد في المعنى من حيث إنها تثبت في الذمة حالاً ومؤجلاً ويجوز استقراضها وإن اختلفت صورتها فإذا كانت في المعنى جنساً واحداً جاز استثناؤها باعتبار المعنى لأن الاستثناء استخراج بطريق المعنى على أن يصير الكلام به عبارة عما وراء المستثنى. ومنه ما إذا قال لفلان علي مائة درهم إلا ديناراً فإنه يجوز وتطرح قيمة الدينار من الدراهم ويجب الباقي فلو استغرقت قيمة الدنانير المستثناة جميع الدراهم المستثناة منها فماذا يكون الحكم به قال بعضهم لا يصح الاستثناء ويجب الجميع لأن الدراهم والدنانير جنس واحد وفيه يظهر الاستغراق وقال بعضهم يصح الاستثناء ويبطل الإقرار لأنهما جنسان وفيهما لا يضر الاستغراق فالاختلاف في الحكم ناشيء من الاختلاف في أنهما جنس واحد أو جنسان. ومثال استثناء خلاف الجنس مما لا يثبت في الذمة لكونه ليس من المقدرات أن يقول لفلان علي مائة درهم إلا ثوباً فإنه لا يصح إجماعاً وتجب المائة جميعها لعدم التجانس أصلاً بين المستثنى والمستثنى منه لا صورة ولا معنى.

«٤» أن يكون المستثنى منه دالاً على المستثنى قصداً بحسب لفظه لا تبعاً فلو كان دالاً عليه تبعاً لم يصح استثناؤه ويترتب على ذلك ما يأتي «١» أنه إذا أقر لآخر بدار واستثنى منها بينا صح الاستثناء لأن الدار تشمل البيت بحسب اللفظ لأنه جزء منها «ب» أنه إذا أقر لآخر ببيت أو دار واستثنى منهما البناء لم يصح الاستثناء ويجب للمقر له العرض مع البناء لأن كلا من البيت والدار لا يشمل البناء بحسب اللفظ وإن كان البناء يتبعه فأشبه الوصف واستثناء الوصف لا يجوز «ج» أنه إذا أقر له بأرض إلا بناءها لم يصح الاستثناء لأن البناء تابع للعرض. وحاصل هذا أن الدار والبيت. والأرض اسم لما وضع عليه البناء وليس اسما للأرض والبناء ولكن البناء يدخل تبعاً في بيعة والإقرار به وأما العرصة فهي اسم للأرض خالية عن البناء فلا يدخل فيها البناء لا أصلاً ولا تبعاً فلا يصح استثناؤه منها أيضاً كما أنه غير تابع لها في الإقرار بها أو بيعها وهذه التفرقة بين الأرض والعرصة هي بحسب اللغة وأما العرف فلا يفرق بينهما وعليه كان الواجب أن لا يكون البناء تابعاً للأرض كما هو غير تابع للعرصة مراعاة للعرف والإقرار مما يراعى فيه العرف - هذا ولا يشترط في المستثنى أن يكون معلوماً بل يجوز أن يكون مجهولاً وعلى المقر البيان وعلى هذا إذا قال لفلان علي ألف درهم إلا شيئاً أو إلا بعضاً أو إلا قليلاً فإنه يصح الاستثناء في الجميع ويجب عليه أكثر من نصف الألف والقول في الزيادة على النصف قوله لأن استثناء الشيء أو البعض استثناء الأقل عرفا فيبقى الأكثر ولأن القليل من أسماء الإضافة فيقتضي أن يكون ما يقابله أكثر منه وهو الأكثر من نصف الألف والقول في مقدار الزيادة على نصف الألف قوله لأنه المجمل في قدرها فيكون البيان إليه. ينظر: الإقرار لشيخنا عبد الحميد حسن طائل.

أحدهما: أن يكون المستثنى من جنس المستثنى منه.

والثاني: أن يكون من خِلاَف جنسه، وكل واحدٍ منهما نوعان: متصل ومنفصل، فإن كان المستثنى من جِنْسِ المستثنى منه والاستثناء متصل فهو على ثلاثة أوجه: استثناء القَلِيل من الكَثِير، واستثناء الكَثِير من القليل، واستثناء الكُلِّ من الكلِّ.

أما استثناء القَلِيل من الكثير فنحو أن يقول: علي عشرة دراهم إلا ثلاثة دراهم، ولا خلاف في جوازه ويلزمه سَبْعة دراهم؛ لأن الاستثناء في الحقيقة تكلم بالباقي بعد الثنيا؛ كأنه قال: لفلان علي سبعة دراهم، إلا أن للسبعة اسمان أحدهما سبعة والآخر عشرة إلا ثلاثة، قال الله تبارك وتعالى: ﴿فَلَبِثَ فِيهِمْ أَلْفَ سَنَةٍ إلاَّ خَمْسِينَ عَاماً﴾ [العنكبوت: ١٤] معناه أنه لبث فيهم تسعمائة وخمسين عاماً، وكذلك إذا قال: لفلان علي ألف درهم سوى ثلاثة دراهم؛ لأن «سوى»(١) من

---

(١) قال صاحب الجُزولية: (أدواته من الحروف ألا، ومن الأسماء غير وسِوى وسُوى وسَواء. ومن الأفعال ليس ولا يكون وعداً وخلا المقرونتان بـ «ما». ومن المترددة بين الأفعال والحروف عدا وخلا العاريتان من «ما». ومما اتفق على أنه يكون حرفاً واختلف في أنه هل يكون فعلاً حاشا ومن مجموع الحرف والاسم لا سيما).

فهذه ستة أقسام فيها ثلاث عشرة أداة.

قال الأبدي في شرح الجزولية: أما «إلا» فاتفقوا على أنها حرف، وعلى أن «غير» اسم بدليل إعرابه.

وأما «سوى» فإن كونه بمعنى «غير» يقتضي أنه اسم، وكونه بمعنى «إلا» يقتضي أنه حرف، لكن استعماله استعمال الأسماء في بعض المواطن يقتضي أنه اسم وتحمل بقية المواطن عليه، كقوله:

وما قصدتَ من أهلها لسوائكا

وفي قوله:

إذا قعدوا منا ولا من سوائنا

فأُعربت، فدلّ على أنها اسم.

قلت: قوله (فتحمل في جميع المواطن عليه) مشكل، لأن من الكلم ما يكون اسماً تارة وحرفاً أخرى، نحو «على» حرف جر وهو اسم بمعنى (فوق)، كقوله:

غدت من عليه بعد ما تم ظمؤها
تصل وعن قيضٍ بزيزاء مجهلِ

أي من فوقه. واسماً تارة وفعلاً اخرى، في قولنا: ذهب إذا مضى، وذهب، وهو العسجد. وكذلك حجر إذا منع، وحجر، واحد الحجارة، وهو كثير، فلا يلزم من ثبوت الاسمية للكلمة في حالة ثبوتها في جميع الحالات.

قال: ويكون اسماً وظرفاً. قال سيبويه، تقول: قام رجل غيرُك وسواك على البدل من قوم، أي أنه ليس أنت. وتقول: قام رجل سواك، أي مكانك ويغني غَناءَك، ويسدّ مسدّك واستدل سيبويه على ظرفيتها بأنها يوصل بها الموصول، نحو: مررت بالذي سواك، وعلى من سواك، والصلة لا تكون بمفرد إلا ظرفاً يعمل فيه فعل محذوف، نحو: مررت بالذي عندك، أي استقر عندك. ولا يكون الاسم بعدها إلا مخفوضاً بها. كانت اسماً أو ظرفاً، وكذلك «غير». ينظر الاستثناء (١٠٣ ـ ١٠٥).

ألفاظ الاستثناء، وكذا إذا قال: غير ثلاثة؛ لأن «غير» بالنصب للاستثناء[١] فإن من قال: لفلان علي درهم غير دافق[٢] يلزمه خمسة دوانق[٣]، ولو قال: غير دانق بالرفع يلزمه دِرْهم تام.

وأما استثناء الكَثِير من القليل؛ بأن قال: لفلان علي تِسْعة دراهم إلا عشرة فجائز في ظاهر الرواية ويلزمه درهم، إلا ما روي عن أبي يوسف ـ رحمه الله ـ: لا يصحُّ وعليه العشرة، والصحيح جواب ظاهر الرواية؛ لأن المَنْقول عن أئِمَّة اللغة ـ رحمهم الله ـ: أن الاستِثْناء تكلم بالباقي بعد الثنيا[٤]، وهذا المعنى كما يوجد في استثناء القَلِيل من الكَثِير يوجد في اسْتِثْناء الكثير من القليل؛ إلا أن هذا النوع من الاستِثْناء غير مستحسن عند أهل اللغة؛ لأنهم إنما وضعوا الاستِثْناء لحاجتهم إلى استدراك الغلط، ومثل هذا الغلط مما يندر وقوعه غاية الندرة، فلا حاجة إلى استدراكه لكن يحتمل الوُقُوع في الجملة فيصحُّ.

وأما استِثْناء الكل من الكلِّ؛ بأن يقول: لفلان علي عشرة دَرَاهم إلا عشرة دراهم فباطل وعليه عشرة كاملة؛ لأن هذا ليس باستِثْناء؛ إذ هو تكلم بالحاصل بعد الثنيا ولا حَاصل ههنا بعد الثنيا، فلا يكون استِثْناء بل يكون إبطالاً للكلام ورجوعاً عما تكلَّم به، والرجوع عن الإقرار في حق[٥] العباد لا يصحُّ، فبطل الرُّجوع وبقي الإقرار.

ولو قال: لفلان علي عشرة دراهم إلا درهماً زائفاً، لا يصح الاستِثْناء عند أبي حنيفة ـ رضي الله عنه ـ، وعليه عشرة جياد.

وقال أبو يوسف: يصحُّ وعليه عشرة جياد للمقر له، وعلى المقر له درهم زائف للمقر؛

---

(١) قال القشواني: لفظة «غير» من صيغ الاستثناء، وهي تدخل في الكلام لا للإخراج، كما تقول: زيد غير عمرو ومررت برجل غيرك، وتكون صفة.
والفرق بين «سوى» و«غير» من الاستثناء، أن «سوى» يلزمها إعراب واحد وهو النصب على الظرف، و«غير» لا يلزمها أعراب واحد، بل تتنوع بحسب العوامل.
ينظر: الاستغناء (ص ٩٧، ١٢١، ١٢٢).

(٢) الدانق: سدس الدرهم. المعجم الوسيط (دنق).

(٣) في ب: دوانيق.

(٤) ينظر: البحر المحيط للزركشي ٣/ ٢٧٥، البرهان لإمام الحرمين ١/ ٣٨٠، أحكام الآمدي ٢/ ٢٦٤، التمهيد للأسنوي ٣٨٥، نهاية السول له ٢/ ٤٠٧، منهاج العقول للبدخشي ٢/ ١١٩، غاية الوصول للشيخ زكريا الأنصاري ٨٦، التحصيل من المحصول للأرموي ١/ ٣٧٣، المستصفى للغزالي ٢/ ١٦٣، حاشية البناني ٢/ ٩، الإبهاج لابن السبكي ٢/ ١٤٤، الآيات البينات لابن قاسم العبادي ٣/ ٢٤، حاشية العطار ٢/ ٤١، المعتمد لأبي الحسين ١/ ٢٤٢، إحكام الفصول من أحكام الأصول للباجي ٢٠٨، حاشية التفتازاني والشريف على مختصر المنتهى ٢/ ١٣٢، ميزان الأصول للسمرقندي ١/ ٤٥٥، تقريب الوصول لابن جُزَيّ ٧٦، ٨٠، نشر البنود للسنقيطي ١/ ٢٣٥.

(٥) في ب: حقوق.

بناء على أن الأصل عند أبي حنيفة ـ رحمه الله ـ أن المقاصّة لا تقف على صفة الجَوْدَة، بل تقف على الوزن، وعند أبي يوسف: لا تتحقق المقاصّة إلا بهما جميعاً.

ووجه البناء على هذا الأصل: أنه لو صحَّ الاستثناء، لوجب على المقر له درهم زائف، وحينئذٍ تقع المقاصة؛ لأن اختلاف صفة الجودة لا تَمنع المقاصة عنده، وإذا وقعت المقاصة يصير المسْتَثْنى درهماً جيداً لا زائفاً، وهذا خلاف موجب تصرّفه فلم يصحّ الاستِثْناء.

وعند أبي يوسف ـ رحمه الله ـ: لما كان اتحادهما في صِفَة الجَودة شرطاً لتحقق المقاصة، ولم يوجد ههنا لا تقع المقاصة، وإذا لم تقع كان الواجب على كلٍّ واحدٍ منهما أداء ما عليه، فلا يؤدي إلى تغيير موجب الاستِثِناء فيصح الاستثناء. والصَّحيح أصل أبي حنيفة ـ رضي الله عنه ـ لأن الجُودة في الأمْوال الربوية ساقطة الاعتبار شرعاً؛ لقول النبي عليه الصلاة والسلام: «**جَيِّدُوهَا وَرَدِيئُهَا سَوَاءٌ**»[1] والسَّاقط شرعاً والعدم حقيقة سواء، ولو انعدمت حقيقة لوقعت المقاصة، كذا إذا انعدمت شرعاً.

ولو قال: لفلان على عشرة دراهم إلا درهم ستوق، فقياس قول أبي حنيفة وأبي يوسف ـ رحمهما الله ـ: أنه يصحُّ الاستثناء وعليه عشرة دراهم إلا قيمة درهم ستوق، وقياس قول محمد وزفر ـ رحمهما الله ـ: أنه لا يصحُّ الاستثناء أصلاً وعليه عشرة كاملة؛ بناء على أن المجانسة ليست بشَرْط لصحة الاستثناء عند أبي حنيفة وأبي يوسف ـ عليهما الرحمة ـ، وعند محمد وزفر: شَرْط على ما سنذكره إن شاء الله تعالى.

ولو قال: لفلان على ألف إلا قليلاً، فعليه أكثر من نصف الألف، والقول في الزيادة على الخمسمائة قوله؛ لأن القليل من أسماء الإضافة فَيَقْتضي أن يكون ما يقابله أكثر منه؛ ليكون هو بالإضافة إليه قليلاً، فإذا استثنى القليل من الألف فلا بدّ وأن يكون المسْتَثْنى منه أكثر من المستثنى، وهو الأكثر من نصف الألف؛ ولهذا قال بعض أهل التأويل في قَوْله تبارك وتعالى: ﴿يا أيُهَا المُزَمِّلُ قُم اللَّيْلَ إلاَّ قَلِيلاً﴾ [المزمل:١] إن استثناء القليل من الأمر بقيام الليل يقتضي الأمر بقيام أكثر الليل، والقول في مِقْدار الزيادة على نِصْف الألف قوله؛ لأنه المجمل في قدر الزيادة فكان البَيان إليه.

وكذلك إذا قال: إلا شيئاً؛ لأن الاستثناء بلفظة[2]: شي لا يسْتَعمل إلا في القليل، هذا إذا كان المُسْتَثْنى من جنس المستثنى منه، فإن كان من خلاف جنسه ينظر إن كان المستثنى مما لا يثبت ديناً في الذمَّة مطلقاً كالثوب ـ لا يصحُّ الاستثناء. وعليه جميع ما أقر به عندنا؛ بأن قال: له علي عشرة دراهم إلا ثوباً، وعند الشافعي ـ رحمه الله ـ: يصحُّ ويلزمه قدر قيمة الثوب.

وإن كان المستثنى مما يثبت ديناً في الذمَّة مطلقاً من المكيل والموزون والعددي المتقارب؛

---

(١) تقدم.

(٢) في ب: بلفظ.

بأن قال: لفلان علي عشرة [إلا درهم أو][1] إلا قفيز حنطة أو مائة دينار إلا عشرة دراهم أو دينار إلا مائة جوزة، يصحُّ الاستثناء عند أبي حنيفة وأبي يوسف ـ رضي الله عنهما ـ، ويطرح مما أقر به قدر قيمة المسْتَثنى، وعند محمد وزفر ـ رحمهما الله ـ: لا يصح الاستثناء أصلاً.

أما الكلام مع الشَّافعي ـ رحمه الله ـ في المسألة الأولى، فوجه قول الشَّافعي ـ رحمه الله ـ: أن لنص الاستثناء حكماً على حدة كما لنص المستَثْنى منه من النفي والإثبات؛ لأن الاستثناء من النَّفي إثبات ومن الإثبات نفي لغة[2]، فقوله: لفلان عليَّ عشرة دراهم إلا درهماً

---

(١) بدل ما بين المعكوفين في ب: دراهم.

(٢) الاستثناء: هو إخراج ما لولاه لوجب دخوله، والمراد بالاستثناء هنا الاستثناء من الكلام التام الموجب نحو: «قام القوم إلا زيداً» فإنه يفهم منه انتفاء الحكم الثابت للمستثنى منه، وهو القوم عن المستثنى. وهو زيد، وإنما قيدنا الاستثناء بكونه من الإثبات لإخراج الاستثناء من النفي، فإنه نوع من أنواع الحصر اختلف العلماء في الاستثناء من الإثبات على مذهبين:
المذهب الأول: أنه حجة بمعنى أن الاستثناء من الإثبات يدل على ثبوت نقيض حكم المستثنى منه للمستثنى، وإليه ذهب الجمهور من المالكية، والشافعية، والحنابلة، وطائفة من الحنفية، كفخر الإسلام، وشمس الأئمة، وأبي زيد وغيرهم.
المذهب الثاني: أنه لا يدل على ثبوت نقيض حكم المستثنى منه للمستثنى، بل ما بعد إلا مسكوت عنه غير متعرض له لا بنفي، ولا إثبات وعليه ذهب أكثر الحنفية.
هذا حاصل الخلاف في مفهوم الاستثناء، وإليك ما استدل به كل فريق على ما ذهب إليه.
استدل القائلون بأن الاستثناء من الإثبات يدل على ثبوت نقيض حكم المستثنى منه للمستثنى بما يأتي:
الدليل الأول: ما نقل عن أئمة اللغة العربية من أن الاستثناء من الإثبات نفي ومن النفي إثبات وهو المعتمد في إثبات مدلولات الألفاظ، وقد مر تقدير هذا الدليل وما قيل في مناقشته والجواب عنه في حجية مفهوم الحصر بالنفي والاستثناء فلا حاجة إلى إعادته هنا.
الدليل الثاني: أنه لو لم يكن الاستثناء، مفيداً للحكم المخالف في المستثنى لألغى الاستثناء المنقطع والتالي باطل فيبطل المقدم فيثبت نقيضه وهو المطلوب.
أما الملازمة: فلأن الاستثناء المنقطع إذا لم يفد حكماً مخالفاً لما في الصدر كما هو الغرض مع أنه لا إخراج فيه لأنه ليس من جنسه والسكوت كان حاصلاً قبل ذكره يلزم أن يكون ذكره لغواً؛ لأنه لا فائدة في الاستثناء حينئذٍ فيكون ذكره وعدم ذكر سياق.
وأما بطلان اللازم: فلأنه واقع في كلام الله عز وجل وكلام الفصحاء شعراً ونثراً قال الله تعالى: ﴿وَإِذْ قُلْنَا لِلْمَلَائِكَةِ اسْجُدُوا لآدَمَ فَسَجَدُوا إلا إِبْلِيسَ لَمْ يَكُنْ مِنَ السَّاجِدِينَ﴾ وإبليس لم يكن من جنس الملائكة وقال الشاعر:

وبلدة ليس بها أنيس ... إلا اليعافير وإلا العيس

والعيس ليست من جنس الأنيس، وقال النابغة الذبياني:

وقفت فيها أصيلاً لا أسائلها ... عيت جواباً وما بالربع من أحد
ألا أواري لأياً ما أبينها ... والنؤى كالحوض بالمظلومة الجلد

والأواري ليست من جنس الأحد ـ وقال الشاعر:

....

=

ولا عيب فينا غير أن سيوفنا بهن فلول من قراع الكتائب

وليس فلول السيوف عيباً لأربابها بل فخراً لهم وقد استثناها من العيوب وليست من جنسها.

وأما النثر فقول العرب: «ما زاد إلا ما نقص». «وما بالدار أحد إلا الوتد»، «وما ضر إلا ما نفع». فاستثنوا النقص من الزيادة والوتد من أحد والنفع من الضر وليس النقص من جنس الزيادة ولا الوتد من جنس الأحد ولا النفع من جنس الضر ـ فتم الدليل وأثبت المطلوب.

ونوقش هذا الدليل: بأنا سلمنا أن الاستثناء المنقطع يفيد حكماً مخالفاً لما في الصدر ولكن لا يلزم ذلك في الاستثناء المتصل والكلام فيه.

وأجيب عن هذه المناقشة بأن الفرق بينهما تحكم فما ثبت لأحدهما يثبت للآخر بلا فرق، فإن استعمالهما على نمط واحد.

ودفع هذا الجواب بأن الأداة مجاز في المنقطع ولا يلزم من إفادة الحكم حين التجوز إفادته حين الحقيقة ولا تحكم في ذلك بل يجوز أن يكون وضع الاستثناء، لإخراج المستثنى وجعله مسكوتاً عنه لكن ربما يستعمل مجازاً لإفادة الحكم المخالف فيما يتوهم فيه الموافقة ففرق بينهما.

ويمكن أن يجاب عن هذا الدفع: بأنه إذا كان توهم الموافقة في المنقطع يكفي لدلالة الاستثناء على الحكم المخالف كان القطع أو الظن بالموافقة في المتصل كافياً لدلالة الاستثناء على الحكم المخالف بالأولى. وبعد فلعلك ترى معي سلامة الدليل المذكور ونهوضه لإثبات المطلوب وهو أن الاستثناء من الإثبات يدل على ثبوت نقيض حكم الصدر للمستثنى وبعبارة أخرى أن الاستثناء من الإثبات نفي غير أنهم اختلفوا في هذا النفي هل هو منطوق أو مفهوم فقيل إنه مفهوم وهو ما جرينا عليه في التعريف وإليه ذهب الأكثر، وقيل إنه منطوق وهو ما ذهب إليه المحققون من متأخري الحنفية وغيرهم كفخر الإسلام وشمس الأئمة والإمام أبي زيد أما القول بأنه مفهوم: فلعله مبني على أن النفي غير منطوق به في الكلام.

وأما القول بالمنطوق: فلعله مبني على أن موضوع النفي وهو المستثنى مذكور في الكلام وهذا هو الظاهر؛ لأنه هو الذي يتمشى مع ما تقدم في تعريف المنطوق والمفهوم من أن المدار في المنطوق على ذكر ما له الحكم في الكلام سواء ذكر معه الحكم المتعلق به أو لا وهنا ما له الحكم مذكور في الكلام فيكون النفي منطوقاً لا مفهوماً.

وإلى هنا ينتهي الكلام على استدلال القائلين بأن الاستثناء من الإثبات نفي وهو استدلال تام كما ترى.

ولننتقل بعد ذلك إلى الكلام على استدلال القائلين بعدم الدلالة فنقول:

«استدلال القائلين» «بأن الاستثناء من الإثبات لا يدل على الحكم المخالف» استدل القائلون بأن الاستثناء من الإثبات لا يدل على ثبوت نقيض حكم الصدر للمستثنى بما نقل عن أئمة العربية من أن الاستثناء تكلم بالباقي بعد الثنيا، وعليه فلا يكون فيه تكلم بالمستثنى لا نفيا ولا إثباتاً، وإنما هو مسكوت عنه، وهو المطلوب ضرورة أن النقل المذكور يشمل الاستثناء من النفي والاستثناء من الإثبات الذي هو موضوع الكلام هنا.

وأنت خبير بأن هذا الدليل قد ورد عليه في مبحث مفهوم الحصر بالنفي والاستثناء من المناقشات التي جعلته غير صالح للاحتجاج به على إثبات مطلوب المستدل هناك؛ فلا يكون صالحاً للاحتجاج به على إثبات مطلوبه هنا أيضاً لاتحاد جهة الاحتجاج به في المقامين وهو عموم قولهم إن الاستثناء تكلم بالباقي بعد الثنيا أي سواء كان استثناء من الإثبات أو استثناء من النفي.

هذا حاصل القول في استدلال الفريقين المتنازعين وقد بينا أن الخلاف في الاستثناء من الإثبات كالخلاف =

معناه إلا درهماً؛ فإنه ليس علي فيصير دَلِيل النفي معارضاً لدليل الإثبات في قدر المستثنى، ولهذا قال: إن الاستثناء يعمل بطريق المُعَارَضَة، فصار قوله: لفلان علي ألف درهم[1] إلا ثوباً، أي إلا ثوباً فإنه ليس علي من الألف، ومعلوم أن عين الثوب من الألف ليس عليه، فكان المراد قدر قيمته، أي مقدار قيمة الثَّوب ليس علي من الألف.

وجه قول أصحابنا ـ رضي الله عنهم ـ: أنه لا حكم لنص الاستثناء إلا بَيَان أن القدر المستثنى لم يَدْخُل تحت [نص][2] المستثنى منه أصلاً؛ لأن أهل اللغة قالوا: إن الاستثناء تكلم بالباقي بعد الثنيا، وإنما يكون تكلما بالباقي إذا كان ثابتاً، فكان انعدام حكم نصّ المستثنى منه في المستثنى؛ لانعدام تناول اللفظ إياه لا للمُعَارضة مع ما أن القول بالمَعارضة فاسِد لوجوه:

أحدها: أن الاستثناء مقارن للمسْتَثْنى منه، فكانت المعارضة مناقضة.

والثاني: أن المعارضة إنما تَكُون بدليلٍ قائم بنفسه، ونصّ الاستثناء ليس بنص قائم بنفسه، فلا يصْلُح معارضاً إلا أن يزاد عليه قولُه: إلا كذا؛ فإنه كذا وهذا تغيير، ومهما أمكن العَمَل بظاهر اللّفظ من غير تغيير كان أولى.

والثالث: أن القول بالمعارضة يكون رجوعاً عن الإقْرار، والرُّجوع عن الإقْرار في حقوق العِبَاد لا يصحُّ، كما إذا قال: له علي عشرة دراهم، وليس له علي عشرة دراهم، وإذا كان بياناً فمعنى البَيَان لا يتحقَّق إلا إذا كان المستثنى من جنس المستثنى منه، إما في الاسم أو في احتمال الوجوب في الذمَّة على الإطلاق، ولم يوجد ههنا على ما نذكره إن شاء الله تعالى.

وقولهم: الاستثناء من الإثبات نفي ومن النفي إثبات ـ محمول على الظاهر؛ إذ هو في الظاهر كذلك دون الحقيقة؛ لأنه تحقق معنى المعارضة، وهي محال على ما ذكرنا وجه إحالته، فيكون بياناً حقيقة نفياً أو إثباتاً جمعاً بين النقلين بقدر الإمكان، والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب.

= في الاستثناء من النفي كلاهما مبني على الخلاف في أن المستثنى هل هو مخرج من الحكم أو من المحكوم به؟ وأن الراجح في هذا الخلاف هو ما ينبني عليه القول بأن الاستثناء من النفي إثبات ومن الإثبات نفي.

ومن هنا يتبين للناظر رجحان القول بأن الاستثناء من الإثبات نفي لقوة دليله، وسلامته عن المعارضة، ورجحان مبناه، وهو ما نختاره ونقول به ينظر: المنطوق والمفهوم لشيخنا الحفراوي، وينظر المحصول ١/٣/٥٦ الإحكام للآمدي ٢/٢٨٧ (٥) شرح العضد ٢/١٤٢ البرهان ١/٣٩٧ شرح الكوكب ٣/٣٢٧ جمع الجوامع ٢/١٥ القواعد والفوائد ١٦٣ التمهيد للأسنوي (٣٩٢) شرح التنقيح ٢٤٧ كشف الأسرار ٣/١٢٦ تيسير التحرير ١/٢٩٤ فواتح الرحموت ١/٣٢٦ المسودة (١٦٠) الإبهاج ١٥٩ ارشاد الفحول ١٤٩ فتح العقار ٢/١٢٤ الاستغناء للقرافي (٥٤٩).

(١) في ب: عشرة دراهم. (٢) سقط في ط.

وأما الكلام في المسألة الثانية فوجْه قول محمد وزفر ـ رحمهما الله ـ أن الاستثْنَاء استخراج بعض ما لولاه لدخل تحت نَصِّ المستثنى منه، وذا لا يتحقق إلا في الجنس، ولهذا لو كان المستَثْنى ثوباً لم يصح الاستثناء.

وجه قول أبي حنيفة وأبي يوسف: أن الداخل تحت قوله: لفلان علي عشرة دراهم عشرة موصوفة بأنها واجبة مطلقاً مسماة بالدراهم؛ فإن لم يمكن تحقيق معنى المُجَانَسَة في اسم الدراهم أمكن تحقِيقها في الوُجُوب في الذمَّة على الإطلاق؛ لأن الحِنْطَة في احتمال[1] الوُجُوب في الذمة على الإطلاق من جِنْس الدَّراهم. ألا ترى أنها تجب دينا موْصُوفاً في الذمة حالاً بالاستقراض والاسْتِهلاك، كما تجب سلماً وثمناً حالاً كالدراهم.

فأما الثوب فلا يحتمل الوُجُوب في الذمَّة على الإطلاق، بل سلما أو ثمناً مؤجلاً، فأما ما لا يحتمله استقراضاً واستهلاكاً وثمناً حالاً غير مؤجّل، فأمكن تحقيق معنى المُجَانسَة بينهما في وَصْف الوُجُوب في الذمَّة على الإطلاق إن لم يكن في اسْم الدراهم، فأمكن العمل بالاسْتِثْناء في تحقق[2] معناه وهو البَيَان من وجه ولا مجانسة بين الثِّياب والدَّراهم لا في الاسم ولا في احْتِمال الوجوب في الذِّمة على الإطلاق، فانعدم معنى الاستثناء أصلاً فهو الفرق، والله تعالى أعلم.

ولو أقر الإنسان بدار واستثنى بناءها لنفسه ـ فالاستثناء باطِلٌ، لأن اسم الدَّار لا يتناول البناء لغة، بل وضع دلالة على العَرْصة في اللغة، وإنما البناء فيها بمنزلة الصِّفة، فلم يكن المسْتَثْنى من جِنْس المستثنى منه، فلم يصحَّ الاستثناء وتكون الدار مع البناء للمقر له؛ لأنه إن لم يكن اسماً عاماً لكنه يتناول هذه الأجزاء بطريق التضمُّن؛ كمن أقر لغيره بخاتم كان له الحلقة والفص؛ لا لأنه اسم عام، بل هو اسم لمسمًّى واحد وهو المركب من الحلقة والفص، ولكنه يتناوله بطريق التضمن، وكذا من أقر بسَيْف لغيره كان له النَّصل والجفن والحمائل لما قلنا. وكذا من أقرَّ بحجلة كان له العيدان والكسوة، بخلاف ما إذا استثنى رفع الدار أو ثلثها أو شيئاً منها ـ أنه يصح الاستثناء لما بينا أن الدار اسم للعَرْصة، فكان المُسْتَثنى من جنس المستثنى منه فصحَّ.

ولو قال: بناء هذه الدار لي والعرصة لفلان صحَّ؛ لأن اسم البناء لا يتناول العرصة؛ إذ هي اسم للبقعة، والله سبحانه وتعالى أعلم.

هذا الذي ذكرنا حكم الاستِثْناء إذا ورد على الجملة الملْفُوظة، فأما إذا ورد الاستثناء على

---

(١) في ب: إجمال.

(٢) في ب: تحقيق.

الاسِتْثنَاء، فالأصل فيه أن الاستثناء الداخل على الاسِتْثناء يكون استثناء من [المستثنى لا من][1] المستثنى منه؛ لأنه[2] أقرب المذكور إليه فيصرف الاستثناء الثاني إليه، ويجعل الباقي منه مستثنى من الجملة الملْفُوظة.

وعلى هذا إذا ورد الاستِثْناء على الاستثناء مرة بعد أخرى، وإن كثر فالأصل فيه أن يصرف كل استثناء إلى ما يَلِيه؛ لكونه أقرب المذكور إليه، فيبدأ من الاستثناء الأخير، فيستثني الباقي مما يليه، ثم ينظر إلى الباقي مما يليه، ثم ينظر إلى الباقي هكذا إلى الاستثناء الأول، ثم ينظر إلى الباقي منه فيستثني ذلك من الجملة الملْفُوظة، فما بقي منها فهو القَدْر المقر به.

بيان هذه الجملة: إذا قال: لفلان علي عشرة دراهم إلا ثلاثة دراهم إلا درهماً ـ يكون إقراراً بثمانية دراهم؛ لأنا صرفنا الاستِثْناء الأخير إلى ما يليه، فبقي درهمان يستثنيهما من العَشْرة فيبقى ثمانية، والأصل فيه قوله سبحانه وتعالى خبراً عن الملائكة: ﴿قَالُوا: إِنَّا أَرْسَلْنَا إِلَىٰ قَوْمٍ مُجْرِمِينَ إِلاَّ آلَ لُوطٍ إِنَّا لَمُنَجُّوهُمْ أَجْمَعِينَ إِلاَّ ٱمْرَأَتَهُ قَدَّرْنا إِنَّها لَمِنَ الغَابِرِينَ﴾ [الحجر: ٥٨ ـ ٦٠].

استثنى الله تبارك وتعالى آل لوطٍ من أهل القرية لا من المجرمين؛ لأن حقيقة الاستثناء من الجنس «وآل لوط» لم يكُونوا مُجْرمين، ثم اسْتَثْنَى امرأته من آله فبقيت في الغابرين.

ولو قال: لفلان علي عشرة دراهم إلا خمسة دراهم إلا ثلاثة دراهم إلا درهماً ـ يكون إقراراً بسبعة، لأنا جعلنا الدرهم مستثنى مما[3] يليه، وهي ثلاثة فبقي درهمان استثناهما من خَمْسة، فبقي ثلاثة استثناها من الجملة المَلْفُوظة فبقي سبعة. وكذلك لو قال: لفلان علي عشرة دراهم إلا سبعة دراهم إلا خمسة دراهم إلا ثلاثة دراهم إلا درهماً ـ يكون إقراراً بستة لما ذكرنا من الأصل، وهذا الأصل لا يخطيء في إيراد الاستثناء على الاستثناء وإن كثر.

هذا إذا كان الأصل متصلاً بالجملة المذكورة، فأما إذا كان منفصلاً عنها؛ بأن قال: لفلان علي عشرة دراهم وسكت، ثم قال: إلا درهماً ـ لا يصحُ الاستثناء عند عامة العُلَماء وعامة الصَّحابة ـ رضي الله تعالى عنهم ـ، إلا ما روي عن عبد الله بن عباسٍ رضي الله عنهما ـ أنه يصح، وبه أخذ بعض الناس.

ووجهه: أن الاستثناء بيان لما ذكرنا فيصحّ متصلاً ومنفصلاً؛ كبيان المجمل والتخصيص للعام عندنا.

---

(١) سقط من ط.

(٢) في ط: لأن المستثنى منه.

(٣) في ب: من الذي.

وجه قول العامة: أصِيغَة الاستِثْناء إذا انْفَصَلت عن الجملة الملْفُوظة لا تكون كلام استثناء لغةً؛ لأن العرب ما تكلمت به أصلاً، ولو اشْتَغل به أحد يضحك عليه؛ كمن قال: لفلان علي كذا ثم قال بعد شهر: إن شاء الله تعالى - لا يعد ذلك تعليقاً بالمشيئة حتى لا يصحَّ. كذا هذا، والرواية عن ابن عباس لا تكاد تصحُّ، بخلاف بيان المجمل والعام؛ لأنهم يتكلمون بذلك مستعمل عندهم متصلاً ومنفصلاً، على ما عرف في أصُول الفِقْه، والله تعالى أعلم.

وعلى هذا قال أبو حنيفة فيمَن قال [لعبده][1]: أنت حر وحر إن شاء تعالى - أنه لا يصحُّ الاستثناء؛ لأن تكرير صيغة التَّحرير لغو، فكان في معنى السكتة.

ولو قال: لفلان علي كر حنطة وكر شعير إلا كر حنطة وقفيز شعير - لا يصح استثناء كر الحِنْطة بالاتفاق؛ لانصراف كر الحنطة إلى جنسه، فيكون استثناء للكلّ من الكلّ فلم يصح.

وهل يصح استثناء القفيز من الشَّعير؟.

قال أبو حنيفة - رحمه الله -: لا يصح؛ لأنه لما لم يصح استثناء كر الحِنْطة فقد لغا، فكأنه سكت ثم استثنى قفيز شعير فلم يصحَّ استثناؤه أصلاً، والله عز وجل أعلم.

وأما الاستدراك فهو في الأصْل لا يخلو من أحد وجهين: إما أن يكُونَ في القدْر وإما أن يكون في الصِّفة؛ فإن كان في القَدْر فهو على ضَرْبين: إما أن يكون في الجِنْس، وإما أن يكون في خِلاَف الجِنْس، [أما في الجنس][2]. فنحو أن يقول: لفلان عليّ ألف درهم لا بل ألفان، فعليه ألفان استحساناً، والقياس أن يكون عليه ثلاثة آلاف.

وجه القياس: أن قوله: لفلان علي ألْف درهم إقرار بألف، وقوله: (لا) رجوع، وقوله: (بل) استدراك، والرُّجوع عن الإقرار في حقوق العباد غير صحيح، والاستدراك صحيح، فأشبه الاستِدْرَاك في خلاف الجِنْس، وكما إذا قال لامرأته: أنت طالق واحدة لا بل ثنتين أنه يقع ثلاث تطليقات.

وجه الاستحسان: أن الإقرار إخبار، والمخبر عنه مما يجري الغَلَط في قدره أو وصفه عادة، فتقع الحاجة إلى استِدْراك الخلط فيه فيقبل إذا لم يكن متهماً فيه، وهو غير متهم في الزِّيادة على المقر به، فتقبل منه بخِلاف الاستدراك في خِلاَف الجنس، لأن الغلط في خلاف الجِنْس لا يقع عادةً فلا تقع الحاجة إلى استِدْراكه وبخلاف مسألة الطلاق أن قوله: أنت طالق إنشاء الطلاق لغة وشرعاً، والإنشاء لا يحتمل الغَلَط، حتى لو كان إخباراً بأن قال لها: كنت طلقتك أمس واحدة لا بل اثنتين - لا يقع عليها إلا طلاقان، والله تعالى أعلم.

---

(١) سقط في ط.

(٢) سقط في ط.

وكذلك إذا قال: لفلان عليّ كر حنطة، لا بل كران.

ولو قال: لفلان علي ألف درهم لا بل ألف درهم ـ فعليه ألفان؛ لأنه متهم في النقصان فلا يصحّ استدراكه، مع ما أن مثل هذا الغلط نادر، فلا حاجة إلى استدراكه لالتحاقه بالعَدَم.

وأما في خلاف الجِنْس كما لو قال: لفلان علي ألف درهم لا بل مائة دينار، أو لفلان علي كر حنطة لا بل كر شعير ـ لزمه الكل لما بينا أن مثل هذا الغلط لا يقع إلا نادراً، والنادر مُلْحَق بالعدم.

هذا إذا وقع الاستِدْراك في قدر المقرّ به، فأما إذا وقع في صفة المقر به؛ بأن قال: لفلان علي ألف درهم بيض لا بل سود [أو سود لا بل بيض][1] ينظر فيه إلى أرفع الصفتين وعليه ذلك، لأنه غير متهم في زيادة الصِّفة متهم في النُّقصان، فكان مستدركاً في الأول راجعاً في الثاني، فيصح استدراكه ولا يصحُّ رجُوعه كما في الألف والألفين، والله سبحانه وتعالى أعلم.

هذا إذا رجع الاستدارك إلى المقر به، فأما إذا رجع إلى المقر له؛ بأن قال: هذه الألف لفلان لا بل لفُلانٍ، وادَّعاها كل واحد منهما ـ يدفع إلى المقر له الأول؛ لأنه لما أقر بها للأول صحَّ إقراره له، فصار واجب الدفع إليه، فقوله: لا بل لفلان رُجوعٌ عن الإقرار الأول، فلا يصح رجوعه في حق الأول ويصحُّ إقراره بها للثَّاني في حق الثاني، ثم إن دفعه إلى الأول بغير قَضَاء القَاضِي، يضمن للثاني، لأن إقراره بها للثَّاني في حق الثاني صحيحٌ إن لم يصحُّ في حق الأول، وإذا صح صار واجب الدَّفع إليه، فإذا دفعها إلى الأول فقد أتلفها عليه فَيَضْمَن، وإن دفعها إلى الأول بقضاء القاضي لا يَضْمن؛ لأنه لو ضمن لا يخْلُو إما أن يضمن بالدفع وإما أن يضْمَن بالإقرار، لا سبيل إلى الأول؛ لأنه مجْبُور في الدَّفْع من جهة القاضي فيكون كالمكره، ولا سبيل إلى الثاني؛ لأن الإقرار للغَيْر بملك الغير لا يوجِبُ الضَّمان.

ولو قال: غصبت هذا العبد من فُلاَن لا بل من فلان ـ يدفع إلى الأول ويضمن للثاني، سواء دفع إلى الأول بقضاء أو بغير قَضَاء بخلاف المسألة الأولى. ووجه الفرق: أن الغصْب سبب لوجُوب الضمان؛ فكان الإقرار به إقراراً بوجود سبب وجوب الضَّمان وهو رد العَيْن عند القَدْرة وقيمة العَيْن عند العجْز، وقد عجز عن ردّ العين إلى المقر له الثاني، فيلزمه رد قيمته، بخلاف المسألة الأولى لأن الإقرار بملك الغير للغير ليس بسبب لوجُوب الضَّمان لانعدام الإتلاف، وإنما التلف في تسليم مَالِ الغير إلى الغير باخْتِيارِه على وجهٍ يعجز عن الوُصُول إليه، فلا جرم إذا وجد يجب الضَّمان.

---

(١) سقط في ط.

وكذلك لو قال: هذه الألف لفلان أخذتها من فُلاَن أو أقرضنيها فلان، وادَّعاها كل واحد منهما ـ فهي المقر له الأول، ويضْمَن للذي أقر أنه أخذ منه أو أقرضه ألفاً مثله؛ لأن الأخْذَ والقرض كل واحدٍ منهما سبب لوجُوب الضمان، فكان الإقرار بهما إقراراً بوجود سبب وجُوب الضَّمان؛ فيرد الألف القائمة إلى[1] الأول لصحَّة إقراره بها له، ويضمن للثاني ألفاً أخرى؛ ضماناً للأخذ والقرض، ولو قال: أودعني فلان هذه الألْف لا بل فُلاَن ـ يدفع إلى المقر له الأول لما بينا، ثم إن دفع إليه بغير قضاء القَاضِي، يضمن للثَّاني بالإجماع، وإن دفع بقضاء القاضي فعند أبي يوسف لا يضْمن، وعند محمد: يضمن.

وجه قول محمد ـ رحمه الله ـ: أن إقراره بالإيداع من الثَّاني صحيحٌ في حق الثَّاني، فوجب عليه الحِفْظ بموجب العَقْد وقد فوته بالإقرار للأوّل، بل استهلكه فكان مضموناً عليه.

وجه قول أبي يوسف ـ رحمه الله ـ: أن فوات الحفظ والهَلاَك حَصَل بالدفع إلى الأول بالإقرار، والدَّفع بقضاء القَاضِي لا يوجِبُ الضَّمان لما بينا.

ولو قال: دفع إلى هذه الألف فلان وهي لفلان، وادَّعى كل واحدٍ منهما أنها له ـ فهي للدافع؛ لأن إقراره بدفع فُلاَن قد صحَّ، فصار واجب الرَّد عليه، وهذا يمنع صحَّة إقراره للثاني في حقّ الأول، لكن يصحُّ في حق الثاني.

ولو قال: هذه الألف لِفُلان دفعها إلى فلان، فهي للمقر له بالملك، ولا يكُون للدافع شيء، فإذا ادَّعى الثاني ضمن له ألفاً أخرى؛ لما بينا أن الإقرار بها للأول يوجِبُ الرد إليه، وهذا يمنع صحة إقراره للثاني في حق الأول، لكنه يصحُّ في حق الثاني، ثم إنْ دفعه إلى الأول بغير قَضَاء القَاضِي يضمن، وإنْ دفعه بقضاء القَاضِي، فكذلك عند محمد، وعند أبي يوسف: لا يضمن، والحجج من الجانبين على نَحْو ما ذكرنا.

ولو قال: هذه الألف لفلان أرسل بها إلى فلان ـ فإنه يردها على الذي أقر أنها ملكه، وهذا قياس قول أبي حنيفة وأبي يوسف ـ رحمهما الله تعالى ـ لما قلنا، ولا يصح إقراره للثاني عند أبي حنيفة، فرق أبو حنيفة ـ عليه الرحمة ـ بين العين والدين؛ بأن قال: لفلان علي ألف درهم قبضتها من فلان فادَّعاها كل واحدٍ منهما ـ أن عليه لكل واحد منهما ألفاً.

ووجه الفرق: أن المقر به للأول هناك ألف في الذمة، فيلزمه ذلك بإقراره له، ولزمه ألف أخرى لفلان بإقراره بقبضها منه، إذ القَبْض سبب لوجوب الضَّمان فلزمه ألفان، وههنا المقر به عين مشار إليها، فمتى صح إقراره بها لم يصح للثاني، وذكر قول أبي يوسف في

---

(١) في ب: على.

الأصل في مَوْضعين: أحدهما: أنه لا ضمان عليه للثاني بحال بانتهاء الرِّسالة بالوُصُول إلى المقر، وفي الآخر أنه إن دفع بغير قضاء القاضي يَضْمن؛ فإن قال الذي أقر له أنها ملكه: ليست الألف لي وادعاها الرسول [فهي للرسول][1] لأن إقراره للأول قد ارتدّ برده، وقد أقر باليد للرسول فيؤمر بالردّ إليه، ولو كان الذي أقر له أنها ملكه غائباً، وأراد الرَّسول أن يأخذها وادَّعاها لنفسه ـ لم يأخذها، كذا روي عن أبي يوسف؛ لأن رسالته قد انتهت بالوُصُول إلى المقر، ولو أقر إلى خياط فقال: هذا الثوب أرسله إلي فُلاَن لأقطعه قميصاً وهو لفلان ـ فهو للذي أرسله إليه، وليس للثاني شيء؛ لأنه أقر باليد للمرسل، فصار واجب الردّ عليه، وهذا يمنع صِحَّة إقْرَاره بالملك الثاني[2]، كما إذا قال: دفع إلي هذه الألف فلان وهي لفلان على ما بينَّا.

ولو قال الخياط: هذا الثوب الذي في يدي لفلان أرسله إلي فلان، وكل واحدٍ منهما يدعيه ـ فهو للذي أقر له أول مرة، ولا يضمن للثاني شيئاً في قياس قول أبي حنيفة، وعند أبي يوسف ومحمد: يضمن بناءً على أن الأجير المشترك لا ضمان عليه فيما هلك في يده عنده، فأشبه الوديعة، وعندهما: عليه الضمان فأشبه الغصب، والله سبحانه وتعالى العليم.

فصل في التعيين بالقرينة

وأما القَرِينة المبنية على الإطْلاق فهي المعيّنة لبعض ما يحْتَمله اللفظ؛ بأن كان اللفظ يحتمل هذا وذاك قبل وُجُود القَرِينة، فإذا وجدت القرينة يتعين البعض مراداً باللفظ من غير تَغْيير أصلاً، ثم ينظر إن كان اللَّفظ يحتملهما على السَّواء يصح بيانه، متصلاً كان أو منْفصلاً، وإن كان لأحدهما ضرب رجحان، فإن كان الإفهام إليه أسبق عند الإطْلاق من غير قرينة، فإن كان منفصلاً لا يصحُ وإن كان متصلاً يصحُ إذا لم يتضمن الرُّجوع، وإن تضمن معنى الرجوع لا يصح إلا بتَصْديق المقر له، وهذا النَّوع من القرينة أيضاً يتنوع ثلاثة أنواع: نوع يدخل على أصل المقر به، ونوع يَدْخُل على وصف المقرّ به، ونوع يدخل على قدر المقرّ به.

أما الذي يدخل على أصل المقر به: فهو أن يكون المقرّ به مَجْهُول الذَّات؛ بأن قال: لفلان علي شيء أو حق يصحُ، لأن جهالة المقر به لا تَمْنَع صحة الإقرار؛ لأن الإقرار إخبار عن كائن، وذلك قد يكون معلوماً وقد يكون مجهولاً؛ بأن أتلف على آخر شيئاً ليس من ذَوَات الأمثال فوجبت عليه قيمته، أو جرح آخر جراحة ليس لها في الشّرْع أرش مقدر، فأقرَّ بالقيمة والأرش؛ فكان الإقرار بالمجهول إخباراً عن المخبر على ما هو به، وهو حد الصِّدق بخلاف

---

(١) سقط في ط.
(٢) في ط الثاني.

الشهادة؛ لأن جهالة المشهود به تَمْنع/ القضاة بالشَّهادة؛ لعذر القضاء بالمجهول بخلاف الإقرار فيصح، ويقال له: بين لأنه المجمل، فكان البيان عليه، قال الله تبارك وتعالى: ﴿فَإِذَا قَرَأْنَاهُ فَاتَّبِعْ قُرْآنَهُ، ثُمَّ إِنَّ عَلَيْنَا بَيَانَهُ﴾ [القيامة: ١٨ - ١٩] ويصح بيانه متَّصلاً ومنفصلاً؛ لأنه بيان مَحْض؛ فلا يشترط فيه الوَصْل كبيان المجمل والمشترك؛ لكن لا بد وأن يبين شيئاً له قيمة؛ لأنه أقرَّ بما في ذمَّته، وما لا قيمة له لا يثْبُت في الذمة.

ثم إذا بين شيئاً له قيمة، فالأمر لا يخلو من أحد وجهين:

إما إن صدقه في ذلك وادَّعى عليه زيادة.

وإما إن كذبه وادَّعى عليه مالاً آخر، فإن صدقه فيما بين وادَّعى عليه زيادة - أخذ ذلك القَدْر المبين، وأقام البَيِّنَةَ على الزيادة وإلا حلفه عليها إن أراد؛ لأنه منكر للزيادة، والقول قول المنكر مع يمينه.

وإن كذبه وادَّعى عليه مالاً آخر أقام البينة على مالٍ آخر وإلا حلفه عليه، وليس له أن يأخذ القَدْر المبين؛ لأنه أبْطَلَ إقراره له بالتكذيب، وكذلك إذا أقر أنه غصب من فُلاَن شيئاً ولم يبين، يلزمه البيان لما قلنا، ولكن لا بدَّ وأن يبين شيئاً يتمانع في العَادَة ويقصد بالغصب؛ لأن ما لا يتمانع عادة ولا يقصد غصبه نحو كَفّ من تراب أو غيره - لا يطلق فيه اسم الغَصْب.

وهل يشْتَرط مع ذلك أن يكون مالاً متقوماً؟ اختلف المشايخ فيه:

قال مشايخ العراق: لا يشْتَرط، وقال مشايخنا - رحمهم الله تعالى -: يشترط حتى [أنه][1] لو بين أنه غصب صبياً حراً، أو غصب جلد ميتة، أو خمر مسلم يصدق عند الأولين ولا يصدق عند الآخرين، حتى يبين شيئاً هو مال متقوّم.

وجه قول مشايخ العراق: أن الحكم الأصْلي للغَصْب وجوب ردّ المغصوب، وهذا لا يقف على كون المغْصُوب مالاً متقوماً.

وجه قول مشايخنا: أن المغصوب مضْمُون على الغاصب وله ضمانان: أحدهما وجوب ردّ العين عند القدرة، والثاني وجُوب قيمتها عند العجز، فكان إقراره بغَصْب شيء إقراراً بغصب ما يحتمل مُوجبه وهو المال المتقوم، ولو بين غصب العِقَار ذكر القدوري - رحمه الله - أنه يصدق، وهذا على قياس قول مشايخ العراق؛ لأن العقار وإن لم يكن مَضْمُون القيمة بالغَصْب عند أبي حنيفة وأبي يوسف - رحمهما الله - فهو مضمُون الرد بالاتِّفاق، وعند محمد

(١) سقط في ط.

ـ رحمه الله تعالى: هو مضمون القيمة أيضاً، فأما على قياس قول مَشايخِنَا على قياس قول محمد يصْدق. وأما على قياس قولهما لا يصدق؛ لأنه غير مضْمُون القِيمَة بالغَصْب عندهما ـ والله عز وجل أعلم.

وعلى هذا إذا قال: لفلان علي مال يصْدق في القَلِيل والكثير؛ لأن المال اسم لما يتموّل، وذا يقَع على القَلِيل والكَثِير، فيصح بيانه متصلاً ومنفصلاً. ولو قال: لفلان عليّ ألف ولم يبين، فالبيان إليه، والله تعالى أعلم بالصواب.

فصل في الذي يدخل على وصف المقر به

وأما الذي يدخل على وَصْف المقر به فهو أن يكون المقر به معْلوم الأصل مجهول الوصْف، نحو أن يقول: غصب من فُلاَن عبداً أو جارية أو ثوباً [أو شيئاً][1] من العروض، فيصدق في البيان من جنس ذلك، سليماً كان أو معيباً، لأن الغصب يرد على السّليم والمعيب عادة، وقد بين الأصْل وأجمل الوصف، فيرجع في بيان الوصف إليه، فيصحّ متصلاً ومنفصلاً، ومتى صح بيانه يلزمه الردّ إن قدر عليه، وإن عجز عنه تلزمه القيمة؛ لأن المغصُوب مضْمُون على هذا الوجه، والقَوْل قوله في مقدار قِيمَته مع يمينه؛ لأنه منكر للزيادة، والقول قول المنكر مع اليَمِين.

وكذلك لو أقر أنه غصب من فلان داراً، وقال: هِي بالبصرة يصدق؛ لأنه أجمل المكان، فكان القَوْل في بيان المكَان إليه، فيلزمه تَسْليم الدار إليه إن قدر عليه، وإن عَجَز عنه بأن خربت أو قال: هي هذه الدّار التي في يدي زيد، وزيد ينكر ـ فالقول قَوْل المقر عند أبي حنيفة وأبي يوسف ـ رحمهما الله تعالى ـ الآخر ولا يضمن.

وعند محمد: يضمن قيمة الدَّار بناء على أن العقار غير مضمون القيمة بالغصب عندهما خلافاً له، فإذا أقرّ بألف درهم وقال: هي زيوف أو نبهرجة ـ فهذا في الأصل لا يَخْلُو من أحد وَجْهين: إما إن أقر بذلك مطلقاً من غير بيان الجهة، وإما إن بين الجهة، فإن أطلق بأن قال: لفلان علي أَلْف درهم ولم يذكر له جهة أصلاً، وقال: هي زيوف أو نبهرجة، فإن وصل يصدق وإن فصل لا يصدق، لأن اسم الدَّراهم اسم جنس يقَعُ على الجياد والزيوف، فكأن قوله: زيوف بياناً للنوع، إلا أنه يصح موصولاً لا مفصولاً؛ لأنها عند الإطلاق تصرّف إلى الجياد، فكأن فصل البيان رجوعاً عما أقر به فلا يصحُّ.

(١) سقط في ط.

ولو قال: لفلان عندي ألف درهم، وقال: هي زيوف أو نبهرجة ـ يصدق وصل أو فصل؛ لأن هذا إقرار بالوَدِيعة، والوديعة مَال محفُوظ عند المودع، وقد يكون ذلك جيداً وقد يكون زيوفاً، على حسب ما يودع فيقبل بيانه.

هذا إذا أطْلَق ولم يبين الجِهَة، أما إذا بيَّن الجهة بأن قال: لفلان علي ألف درهم ثمن مبيع، وقال: هي زيوف أو نبهرجة ـ فلا يصدق وإن وصل، وعليه الجياد إذا ادعى المقر له الجياد عند أبي حنيفة، وعند أبي يوسف ومحمد: إن وصل يصدق وإن فصل لا يصدق.

وجه قولهما: ما ذكرنا آنفاً أنَّ اسم الدراهم يقع على الزُّيوف كما يقع على الجياد، إذ هو اسم جِنْس والزيافة عيب فيها، واسم كل جنس يقع على السَّليم والمعيب من ذلك الجِنْس؛ لأنه نَوْع من الجنس لكن عند الإطلاق يَنْصرف إلى الجياد، فيصح بيانه موصولاً؛ لوقوعه تعييناً لبعض ما يحْتَمله اللفظ، ولا يصح مفصولاً لكونه رجوعاً عن الإقرار.

وجه قول أبي حنيفة ـ عليه الرَّحمةِ ـ أن قوله: هي زيوف بعد النِّسبة إلى ثمن المبيع رجوع عن الإقرار فلا يصح بيانه أن البيع عقد مُبادلة، فيقتضي سلامة البدلين؛ لأن كل واحد من العَاقِدين لا يرضى إلا بالبَدَل السليم، فكان إقراره بكون الدَّراهم ثمناً إقراراً بصفة السَّلامة، فإخباره عن الزِّيافة يكون رجوعاً فلا يصح، كما إذا قال: بعتك هذا العبد على أنه مَعِيب [أنه][1] لا يصدق. وإن وصل، كذا هذا، ولو قال: لفلان علي ألف درهم قرضاً، وقال: هي زيوف ـ فالجواب فيه كالجواب في البيع، إن وَصَل يصدق وإن فصل لا يصدق؛ بخلاف البيع.

وجه الرواية الأولى: أن القَرْض في الحقيقة مُبَادلة المال بالمال كالبيع؛ فكان في استدعاه صِفَة السَّلامة كالبيع.

وجه الرواية الأخرى: أن القَرْض يشبه الغَصْب؛ لأنه يتم بالقبض كالغَصْب، ثم بيان الزيافة مقْبُول في الغَصْب كذا في القرض ويشبه البيع؛ لأنه تمليك مال بمال، فلشبهه بالغَصْب احتمل البَيان في الجُملةَ، ولشبهه بالبيع شرطنا الوصل عملاً بالشبهين بقدر الإمكان.

ولو قال: غصب من فلان ألف درهم، وقال: هي زيوف أو نبهرجة يصدق، سواء وصل أو فصل، وروي عن أبي يوسف: أنه لا يصدق إذا فصل، والصحيح جواب ظاهر الرواية؛ لأن الغصب في الأجود[2] لا يسْتَدعي صِفَة السلامة؛ لأنه كما يرد على السليم يرد على المعيب على حسب ما يتفق، فكان محتملاً للبيان متصلاً أو منفصلاً؛ لانعدام معنى الرجوع فيه، ولهذا لو كان المقر به غَصبَ عبد؛ بأن قال: غصبت من فلان عبداً، ثم قال: غصبته

---

(١) سقط في ط.
(٢) في ب: الوجود.

وهو مَعِيب يصدق وإن فصل. كذا هذا؛ ولو قال: أودعني فلان ألف درهم، وقال: هي زيوف ـ يصدق بلا خلاف، فصل أو وصل؛ لأن إيداع استحفاظ المال، وكما يستحفظ السليم يستحفظ المعيب، فكان الإخبار عن الزيافة بياناً محضاً، فلا يشترط لصحته الوصْل لانعدام تضمن معنى الرجوع، وأبو يوسف ـ رحمه الله ـ على ما روي عنه فَرَّق بين الوديعة وبين الغصب، حيث صدقه في الوديعة، موصولاً كان البيان أو مفصولاً، ولم يصدقه في الغَصْب إلا موصولاً.

ووجه الفرق له: أن ضمان الغَصْب ضمان مُبَادلة؛ إذ المضمونات تملّك عند أداء الضمان، فأشبه ضمان المبيع وهو الثمن، وفي باب البيع لا يصْدُق إذا فصل عنده، كذا في الغصب.

فأما الواجب في باب الوَدِيعة فهو الحفظ، والمَعِيب في احتمال الحِفْظ كالسليم فهو الفرق له، والله أعلم بالصواب.

هذا إذا أقر بالدراهم وقال: هي زيوف أو نبهرجة، فأما إذا أقر بها وقال هي ستوقة أو رصاص ـ ففي الوديعة والغَصْب يصْدق إن وصل، وإن فصل لا يصْدُق؛ لأن الستوق والرّصاص ليسَا من جنس الدَّراهم، إلا أنه يسمى بها مجازاً، فكان الإخبار عن ذلك بياناً مغيراً، فيصح موصولاً لا مفصولاً كالاستثناء.

وأما في البيع إذا قال: ابتعت بألف ستوقة أو رصاص، فلا يصدق عند أبي حنيفة فَصَل أو وصل، وهذا لا يشكل عنده؛ لأنه لو قال: ابتعت بألفْ زيوف لا يصدق عنده وَصَل أو فصل، فههنا أولى، وعند أبي يوسف: يصدق ولكن يفسد البيع، أما التَّصديق فلأن قوله: ستوقة أو رصاص خرج بياناً لوَصْف الثمن فيصح، كما إذا قال: بألف بيض أو بألف سود.

وأما فساد البيع فلأن تَسْمية الستوقة في البيع يُوجِب فساده كَتَسْمية العروض، وروي عن أبي يوسُف فيمن قال: لفلان علي ألف درهم بيض زيوف أو وضح زيُوف ـ أنه يصدق إذا وَصَل.

ولو قال: لفلان علي ألف درهم جياد زيوف، أو فقد بيت المال زيوف ـ لا يصدق، والفرق ظاهر؛ لأن البياض يحتمل الجودة والزيافة؛ إذ البيض قد تكون جياداً وقد تكون زُيوفاً، فاحتمل البيان بخلاف قوله: جياد؛ لأن الجودة لا تحتمل الزيافة لتضاد بين الصِّفتين، فلا يصدق أصلا[1].

وعلى هذا إذا أقر بألف ثمن عبد اشتراه لم يقبضه، فهذا لا يخلو من أحد وَجْهَين: إما

---

(١) في ب: وأصلا.

إن ذكر عبداً معيناً مشاراً إليه بأن قال: ثمن هذا العبد، وإما إن ذكر عبداً من غير تَعْيِين؛ بأن قال: لفلان علي ألف دِرْهَم ثمن عبد اشْتَريته منه ولم أقبضه؛ فإن ذكر عبداً بعينه؛ فإن صدقه في البَيْع يقال للمقر له: إن شئت أن تأخذ الألف فسلم للعبد، وإلا فلا شيء لك؛ لأن المقر به ثمن المَبِيع، وقد ثبت البيع بتصادقهما والبَيْع يقتضي تسليماً بإزاء تَسْليم، وإن كذبه في البيع وقال: ما بعت منك شيئاً والعبد عبدي، ولي عليك ألف درهم بسبب آخر - فالعبد للمقر له؛ لأنه يدعي عليه البيع وهو ينكر ولا شيء له على المقر من الثمن؛ لأن المقر به ثمن المبيع لا غيره، ولم يثبت البيع.

فإن ذكر عبداً بغير عينه فعليه الألف عند أبي حنيفة، ولا يصدق في عدم القبض، سواء وَصَل أم فَصَل، صدقه المقر له في البيع أو كذبه، وكان أبو يوسف أولاً يقول: إن وصل يصدق وإن فصل لا يصدق، ثم رجع وقال: يسأل المقر له عن الجهة؛ فإن صدقه فيها لكن كذبه في القَبْض، كان القول قول المقر سواء وَصَل أو فصل.

وإن كذبه في البيع وادَّعى عليه ألفاً أخرى، إن وصل يصدق وإن فصل لا يصدق، وهو قول محمد.

وجه قوله الأول: أن المقر به ثمن المبيع، والمَبِيع قد يكون مقبوضاً وقد لا يكون، إلا أن الغَالِب هو القبض، فكان قوله: لم أقبضه بياناً في معنى التغيير من حيث الظاهر، فيصدق بشَرْط الوصل كالاستثناء.

وجه قوله الآخر وهو قول محمد: أن القبض بعد ثبوت الجِهَة بتصادقهما يحتمل الوُجُود والعدم؛ لأن القبض لا يلزم في البَيْع، فكان قوله: لم أقبضه تعييناً لبعض ما يحتمله كلامه، فكان بياناً محضاً فلا يشترط له الوَصْل لبيان المجمل والمشترك، وإذا كذبه يشترط الوَصْل، لأنه لو اقتصر علي قوله: لفُلاَن علي ألف درهم لوجب عليه التَّسْليم للحال، فإذا قال: ثمن عبد لم أقبضه، لا يجب عليه التَّسليم إلا بتسليم العبد، فكان بياناً فيه معنى التغيير فلا يصحُ إلا بشرط الوصل كالاستثناء.

ووجه قول أبي حنيفة - رحمه الله -: أن قوله: لم أقبضه رجوع عن الإقرار، فلا يصح بيانه أن قوله: لفلان علي ألف درهم إقرار بولاية المطَالَبة للمقر له بالألف، ولا تثبت ولاية المَطَالَبة إلا بقبض المبيع، فكان الإقرار به إقراراً بقبض المبيع، فقوله: لم أقبضه يكون رجوعاً عما أقر به فلا يصحُ.

ولو قال: لفُلاَن علي ألف دِرْهم ثمن خَمْر أو خِنْزِير، فعليه ألف، ولا يقبل تَفْسِيره عند أبي حنيفة، وعند أبي يوسف ومحمد: لا يلزمه شيء.

وجه قولهما: إن المقرّ به مما لا يحتمل الوُجُوب في ذمة المسلم؛ لأنه ثمن خمر أو خنزير، وذمة المسلم لا تحتمله، فلا يصحُّ إقراره أصلاً.

وجه قول أبي حنيفة ـ رحمه الله ـ: أن قوله: لفلان عليّ ألف درهم إقرار بألف واجب في ذمته، وقوله: ثمن خمر أو خنزير إبطال لما أقر به؛ لأن ذمة المسلم لا تحتمل ثَمَن الخمر والخنزير، فكان رجوعاً فلا يصح.

ولو قال: اشتريت من فلان عبداً بألف درهم، لكني لم أقبضه يصدق وصل أو فَصَل؛ لأن الشِّراء قد يتصل به القبض وقد لا يتصل، فكان قوله: لم أقبض بياناً محضاً فيصح متصلاً أو منفصلاً، ولو قال: أقرضني فلان ألف درهم ولم أقبض؛ إنما طلبت إليه القبض فأقرضني ولم أقبض ـ إن وصل يصدق وإن فصل لا يصدق، وهذا استحسان، والقياس أن يصدق وَصَل أو فصل.

وجه القياس: أن المقر به هو القَرْض وهو اسم للعَقْد لا للقَبْض، فلا يكون الإقرار به إقراراً بالقَبْض؛ كما لا يكون الإقرار بالبَيْع إقراراً بالقَبْض.

وجه الاستحسان: أن تمام القَرْض بالقبض، كما أن تمام الإيجاب بالقبول، فكان الإقرار به إقراراً بالقبض ظاهراً. لكن يحتمل الانفصال في الحُكم، فكان قوله: لم أقبض بياناً معنى[1] فلا يصحُّ إلا بشرط الوَصْل كالاستثناء والاستدراك. وكذلك لو قال: أعطيتني ألف دِرْهم، أو أودعتني أو أسلفتني أو أسلمت إلي، وقال: لم أقبض ـ لا يصدق إن فصل، وإن وصل يصدق؛ لأن الإعطاء والإيداع والإسلاف يستدعي القَبْض حقيقة خصوصاً عند الإضافة، فلا يصح منفصلاً، لكن يحتمل العدم في الجملة فيصح متصلاً.

ولو قال: بعتني دارك أو آجرتني أو أعرتني أو وهبتني أو تصدقت علي، وقال: لم أقبض يصدق وصل أم فصل، أما البيع والإجارة والإعَارة؛ لأن القبض ليس بشَرْط لصحَّة هذه التصرُّفات، فلا يكون الإقرار بها إقراراً بالقبض، وأما الهبة/ والصدقة فلأن الهبة اسم للركْنِ وهو التمليك، وكذلك الصدقة وإنما القَبْض فيهما شَرْط الحكم؛ ولهذا لو حَلَف لا يهب ولا يتصدّق ففعل ولم يقبض المؤهُوب له والمتصدق عليه ـ يحنث.

ولو قال: نقدتني ألف درهم أو دفعت إلي ألف درهم، وقال: لم أقبض ـ إن فصل لا يصدق بالإجماع، وإن وصل لا يصدق عند أبي يوسف، وعند محمد: يصدق وجه قوله[2]: أن النقد والدَّفع يقتضي القبض حقيقةً بمنزلة الأداء والتسليم والإعطاء والإسلام، ويحتمل الانْفِصَال في الجملة، فيصحُّ بشريطة الوصل كما في هذه الأشياء.

---

(١) في ب: مغيراً.
(٢) في ب: قول محمد.

وجه قول أبي يوسف: أن القَبْض من لَوَازم هذين الفِعْلَين، أعني النقد والدفع، خصوصاً عند صَريح الإضافة، والإقْرَار بأحد المتلازمين إقرار بالآخر، فقوله: لم أقبض يكون رجوعاً عما أقر به فلا يصحُّ، وعلى هذا إذا قال لرجل: أخذت منك ألف دِرْهَم وديعة، فهلكت عندي، فقال الرجل: لا بل أخذتها غَصْباً لا يصدق فيه المقر، والقول قول المقر له مع يَمِينه، والمقر ضامن، ولو قال المقر له: لا بل أقرضتك - فالقول قول المقر مع يمينه.

ووجه الفرق: أن أخذ مال الغير سَبَب لوجوب الضَّمان في الأصْل؛ لقول النبي ﷺ: «عَلَى اليَدِ ما أخَذَتْ حَتَّىٰ تَرُدَّ»[١] فكان الإقرار بالأخذ إقراراً بسبب الوُجُوب، فدعوى الإذن تكون دعوى البراءة عن الضَّمان وصاحبه ينكر، فكان القول قوله مع يمينه، بِخِلاف قوله: أقرضتك؛ لأن إقراره بالقبض[٢] إقرار بالأخذ بالإذن فتصادقا، على أن الأخذ كان بإذن، والأخذ بإذن لا يكون سبباً لوجوب الضَّمان في الأصل، فكان دعوى الإقراض دعوى الأخذ بجهة الضَّمان، فلا يصدق إلا بينة.

ولو قال: أودعتني ألف درهم، أو دفعت إلي ألف درهم وديعة، أو أعطيتني ألف درهم وديعة فهلكت عندي، وقال المقر له: لا بل غصبتها منِّي - كان القول قول المقر مع يمينه، لأنه ما أقر بسبب وجُوبِ الضمان؛ إذ المقر به هو الإيداع والإعطاء، وأنهما ليسا من أسباب الضَّمان.

ولو قال له: أعرتني ثوبك أو دابتك، فهلكت عندي، وقال المقر/ له [بل][٣] غصبت مني نظر في ذلك إن هلك قبل اللّبس أو الركوب، فلا ضمان عليه؛ لأن المقر به الإعارة، وأنها ليست بسبب لوجُوب الضَّمان، وإن هلك بعد اللّبس والرُّكوب فعليه الضَّمان؛ لأن لبس ثَوْب الغير وركوب دَابة الغير سَبَب لوجُوب الضمان في الأصل، فكان دعوى الإذن دعوى البَرَاءة عن الضَّمان، فلا يثبت إلا بحجة وكذلك إذا قال له: دفعت إلي ألف درهم مضاربةً فهلكت عِنْدي، فقال المقر له: [لا][٤] بل غصبتها مني - أنه إن هلك قبل التصرُّف فلا ضَمَان عليه، وإن هَلَكَ بعده يضْمَن لما قلنا في الإعارة.

ولو أقر بألفِ دِرْهَم مؤجلة؛ بأن قال: لفلان علي ألف درهم إلى شهر، وقال المقر له: لا بل هي حالة - فالقول قول المقرّ له؛ لأن هذا إقرار على نفسه ودعوى الأجل على الغير، فإقراره مقبول ولا تقبل دَعْواه إلا بحجة، ويحلف المقر له على الأجل؛ لأنه منكر للأَجَل، والقول قول المنْكِر مع اليمين، وهذا بخلاف ما إذا أقرَّ. وقال: كفلت لفلان بعشرة دراهم إلى

---

(١) تقدم.
(٢) في ب: بالقرض.
(٣) سقط في ط.
(٤) سقط في ط.

شهر، وقال المقر له: لا بل كفلت بها حاله ـ أن القول قول المقرّ عند أبي حنيفة ومحمد؛ لأن [هناك][(١)] الظاهر شَاهِد للمقر؛ لأن الكَفَالة تكون مؤجَّلة عادة بخلاف الدين، والله تعالى أعلم.

وعلى هذا إذا أقر أنه اقتضى من فلانٍ ألف درهم، كانت له عليه وأنْكر المقرّ له أن يكون له عليه شيء، وقال: هو مالي قبضته مني ـ فالقول قوله مع يَمِينه ويؤمر بالردِّ إليه؛ لأن الإقرار بالاقْتِضاء إقرار بالقبض، والقبض سبب لوجوب الضَّمان في الأصْل بالنص، فكان الإقرار بالقَبْض إقراراً بوجود سبب وجُوب الضَّمان منه، فهو بدعوة[(٢)] القبض بجهة الاقتضاء يدَّعي براءته عن الضَّمان وصَاحِبه ينكر، فيكون القول قوله مع يمينه، وكذلك إذا أقر أنه قبض منه ألْفَ درهم كَانَت عنده وديعةً، وأنكر المقر له ـ فالقول قول المقرّ له لما قلنا.

ولو قال: أسَكَنْت فلاناً بيتي ثم أخْرَجته، وادعى السَّاكن أنه له ـ فالقول قول المقرّ عند أبي حنيفة، وعند أبي يوسف ومحمد: القول قول السَّاكن مع يمينه، ولو قال: أعرته دابتي ثم أخذتها منه، وقال صاحبه: هي لي ـ فهو على هذا الاخْتِلاف.

وجه قولهما: أن قوله: أسكنته داري ثم أخرجته/ وأعَرْته دابتي. ثم أخذتها منه ـ إقرار منه باليد لهما ثم الأخذ منهما، فيؤمر بالرّد عليهما لقوله ـ عليه الصلاة والسلام ـ **«عَلى اليَدِ ما أَخَذَتْ حَتَّىٰ تَرُدَّ»**[(٣)] ولهذا لو غابتاه[(٤)] سكن الدَّار، فزعم المقر أنه أعارها منه ـ لم يقبل قوله، فكذا إذا أقرَّ.

وجْه قول أبي حنيفة: أن المقر به ليس هو اليَد المطلقة، بل اليد بجهة الإعارة والسكنى؛ وهذا لأن اليد لهما ما عرفت إلا بإقراره، فبقيت على الوَجْه الذي أقر به، فيرجع في بيان كيفية اليَد إليه.

ولو أقر فقال: إن فلاناً الخياط خاط قَمِيصي بدرهم، وقبضت منه القَمِيص وادَّعى الخيَّاط أنه ـ له فهو على هذا الاختلاف الذي ذكَرْنا، ولو قال: خاط لي هذا القَمِيص ولم يقل: قبضه منه، لم يؤمر بالرد عليه[(٥)] بالإجماع؛ لأنه إذا لم يقل: قبضه منه لم يوجد منه الإقرار باليَدِ للخياط؛ لجواز أنه خاطه في بيته، فلم تثبت يَدُه عَلَيْه فلا يُجْبَر على الردّ.

هذا إذا لم يكن الدَّار والثَّوب معروفاً له فإن كان معروفاً للمقر ـ فالقول قوله بالإجماع؛

---

(١) سقط في ط.
(٢) في ب: بدعواه.
(٣) تقدم.
(٤) في ط: غاياه.
(٥) في ط: أعارهما، وثبت في هامش ط: هكذا بالأصل.
(٦) في ب: إليه.

لأنه إذا لم يكن معروفاً له كان قول صَاحِبه: هو لي منه دَعْوى التملك، فلا تسمع منه إلا ببينة.

ولو أقر أن فلاناً ساكن في هذا البَيْت، والبيت لي وادَّعى ذلك الرجل البيت ـ فهو له وعلى المقر البينة؛ لأن الإقْرَار بالسّكْنَى إقرار باليَدِ، فصار هو صاحب يد فلا يثبت المِلْك للمدعي إلا ببينة، ولو أقر أن فلاناً زرع هذه الأرض أو بنى هذه الدَّار أو غرس هذا الكَرْم، وذلك في يدي المقرّ، وادَّعى المقر له أنه له ـ فالقول قول المقر؛ لأن الإقرار بالزَّرع والغرس والبِنَاء لا يكون إقراراً باليد؛ لجواز وجودها في يد الغير، فلا يؤمر بالرّد إليه، والله تعالى أعلم.

وعلى هذا أن من أعتق عَبْدَه ثم أقر المولى أنه أخذ منه هذا الشَّيء في حال الرق، وهو قائم بعينه، وقال العَبْد: لا بل أخذته بعد العِتْق ـ فالقول قول العَبْد ويؤمر بالرد إليه بالإجماع، لأن قول العَبْد يقتضي وجُوب الردّ، وقول المولى لا ينْفي الوجوب بل يقتضيه، لأن الأخذ في الأصْل سبب لوجوب ضَمَان الرد والإضافة إلى حال الرق لا تَنْفي الوجوب؛ فإن المولى إذا أخذ كسب عبده المأذون المدْيُون، يلزمه الرد إليه.

ولو أقر بالإتلاف بأن قال: أتلفت عليك مالاً وأنت عبدي، وقال العبد: لا بل أتلفته وأنا حرٌّ ـ فالقول قول العَبْد عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وعند محمد: القول قول المولى، وعلى هذا الاخْتِلاف إذا قال المولى: قطعت يدَك قبل العتق، وقال العبد: لا بَلْ قطعتها بعد العِتْق.

ولو تنازعا في الضَّريبة فقال المولى: أخذت منك ضريبة كلِّ شهر كذا، وهي ضريبة مثله، وقال العبد: لا بل كان بعد العِتْق ـ فالقول قول المولى بالاتّفاق. وكذلك لو ادَّعى المولى وطء الأمة قبل العِتْق، وادَّعت الأمة بعد العتق ـ فالقول قَوْل المولى بالإجماع.

وجه قول محمد وزفر رحمهما الله ـ: أن المولى ينكر وجوب الضَّمان، فكان القَوْل قوله؛ وهذا لأنه أضاف الضَّمان إلى حال الرقّ حيث قال: أتلفت وهو رقيق، والرق ينافي الضَّمان؛ إذ المولى لا يجب عليه لعَبْده ضمان، فكان مُنْكراً وجوب الضَّمان، والعَبْد بقوله: أتلفت بعد العتق يدَّعي وجوب الضَّمَان عليه وهو ينكر، فَكَانَ القَوْل قوله، ولهذا كان القَوْل قوله في الغلة والوَطْء كذا هذا. وجه قول أبي حنيفة وأبي يوسف ـ رحمهما الله تعالى ـ: أن اعتبار قول العبد يوجِبُ الضَّمان على المولى؛ لأن إتلاف مال الحر يوجب الضَّمان، واعتبار قول المولى لا يَنفِي الوجوب؛ لأنه أقر بالأخذ، والأخذ في الأصل سبب لوجوب الضَّمان، والإضافة إلى حال الرق لا تَنْفِي الوُجُوب، فإن إتلاف كَسْب العبد المأذُون المديون ديناً مستغرقاً للرَّقبة، والكَسْب موجب للضمان؛ فإذا وجد الموجب وانعدم المانع، بقي خبره واجب القَبُول، بخلاف الوطء والغلة؛ لأن وطء الرَّقيقة لا يوجب الضمان أصلاً، وكذلك أخذ

ضريبة العَبْد وهي الغلة لا يوجِبُ الضَّمان على المولى؛ فإن المولى إذا أخذ ضَريبة العبد وعليه دين مستغرق ليس للغرماء حق الاسِتْرِدَاد على ما مرَّ في كتاب المأذون، فكان المؤلَى بقوله كان قبل العتق منكراً وجوب الضَّمان، فكان القول قوله مع ما أن الظَّاهر شاهد للمولى؛ لأن الأصْل في الوطء ألاَّ يكون سبباً لوجوب الضَّمان؛ لأنه إتلاف مَنافِع البضع، والأصْل في المنافع ألاَّ تكون مضْمُونة بالإتلافِ، فترجَّح خبر المولى بشهادة الأصْلَ له، فكان أولى بالقبول كما في الإخبار عن طَهَارة الماء ونَجَاسته/ .

فأما الأصل في أخذ المال أن يكون سبباً لوجوب الضَّمان، فَكَانَ الظَّاهر شاهداً للعبد، وكذلك الغلة لأنها بدل المَنْفعة، والمنافع في الأصْل غير مَضْمُونة، والله سبحانه وتعالى أعلم.

وعلى هذا إذا استأمن الحَرْبي أو صَارَ ذمة. فقال له رجل مسلم: أخذت منك ألْف درهم وأنْت حَرْبي في دَارِ الحَرْب، فقال له المقر: لا بل أخذته وأنا مستأمن[(١)] أو ذميٌّ في دار الإسلام ـ والألف قائمة بعينها فالقول قول المقرّ له، ويؤمر بالرد إليه بالإجماع، ولو قال: أخذت منك ألفاً فاستهلكتها وأنت حربي في دار الحرب أو قال: قطعت يدك، وقال المقر له: لا بل فعلت وأنا مستأمن أو ذمي في دار الإسلام ويضْمَن له المقر ما قطع وأتلف عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وعند محمد وزفر ـ رحمهم الله ـ: لا يضمن شيئاً.

وجه قول محمد وزفر: أن المولى منكر وجوب الضَّمان؛ لإضافة الفعل إلى حالة منافية للوُجُوب وهي حالة الحراب، والقَوْل قول المنكر.

وجه قول أبي حنيفة وأبي يوسف: أن الظَّاهر شاهد للعبد؛ إذ العصمة أصل في النُّفوس، والسقوط بعَارِض المسقط، فالقول قول من يشْهَد له الأصل.

وعلى هذا إذا قَالَ: لفلان علي ألْف درهم، ولم يذكر الوَزْن[(٢)] يلزمه الألف وزناً لا عدداً؛ لأن الدراهم في الأصل موْزُونة، إلا إذا كان الإقرار في بلدة دراهمها عددية، فينصرف إلى العدد المَتعارف، وكذلك إذا ذكر العدد؛ بأن قال: لفلان علي ألف درهم عدداً، يلزمه ألف درهم وزناً ويلغو ذكر العدد، ويقع على ما يتعارفه أهل البَلَد من الوَزْن، وهو في ديارنا وخراسان والعراق وزن سبعة وهو الذي يكُون كل عشرة منها سبعة مَثَاقِيل، فإن كان الإقرار في هذه البِلاَد يلزمه بهذا الوَزْن؛ وإن كان الإقرار في بلد يَتَعاملون فيه بدَرَاهم وزنها ينقص عَنْ وَزْن سبعة مَثَاقِيل ـ يقع إقراره على ذلك الوَزْن؛ لانصرافِ مُطْلق الكلام إلى المتعارف، حتى لو ادَّعى وزناً أقل من وزن بلده [لا][(٣)] يصدق؛ لأنه يكون رجوعاً؛ ولو كان في البَلَد أوزان

---

(١) في ب: مسلم.
(٢) في ب: ألف درهم.
(٣) سقط في ط.

مختلفة يعتبر فيه الغَالِب كما في نَقْد البلد، فإن استوت يحمل على الأَقَلِّ منها؛ لأن الأقل متيقَّن به والزيادة مشكوك فيها، والوجوب في الذمة/ أو لم يكن، والوجوب في أقله لم يَكُن، فمتى وقع الشَّك في ثبوته فلا يثبت مع الشَّك، ولو سمى زيادة على وزن البلد أو أَنْقَص منه؛ بأن قال: لفلان علي ألف دِرْهَم وزن خمسة، إن كان موصولاً يقبل وإلا فلا؛ لأن اسم الدَّرَاهم يحتمله، لكنه خلاف الظَّاهر، فاحتمل البيان المَوْصُول، ولا يصدق إذا فصل لانصراف الأفهام عند الإِطْلاَق إلى وَزْن البلد، فكان الإخبار عن غيره رجوعاً فلا يصحّ.

وكذلك إذا قال: لفلان علي أَلْف درهم مَثاقِيل، يلزمه ذلك؛ لأنه زاد على الوزن المعْروف، وهو غير متهم في الإقرار على نَفْسه بالزِّيادة فيقبل منه.

ولو أقر وهو ببغداد فقال: لفلان علي ألف درهم طبرية، يلزمه ألف درهم طبرية لكن بوزنَ سَبْعة؛ لأن قوله: طبرية خرج وصفاً للدراهم، أي دراهم منْسُوبة إلى طبرستان، فلا يوجب تَغْيير وزن البلد.

وكذلك إذا قال: لفلان علي كر حنطة موصلية والمقر ببغداد ـ يلزمه كر حنطة موصلية، لكن بكيل بَغْداد لما قلنا.

ولو قال: لفلان علي دينار شاميّ أو كوفي، فعليه أن يعطيه ديناراً واحداً وزنه مثقال، ولا يجُوز أن يعطيه دينارين وزنُهما جميعاً مثقال، بخلاف الدَّراهم أنه إذا أعطاه دِرْهَمين صغيرين مكان دِرْهَم واحد كبير ـ أنه يجبر على القَبُول. كذا ذكر في الكِتَاب، وكان في عرفهم أن الدينار إذا كان نَاقِص الوزن يكون نَاقِص القيمة، فكان نُقْصَان الوزن فيه وَضِيعة، كذلك[١] اعتبر الوَزْن والعدد جميعاً وفي الدراهم بخلاف[٢]، فأما في عُرْف ديارنا فالعبرة للوزْن، فسواء أعطاه ديناراً واحداً أو دينارين يجبر على القَبُول بعد أن يكون وَزْنهما مثقالاً. وكذلك لو قال: لفلان علي قفيز حنطة فهو بقَفِيز البَلَد، وكذلك **الأوقار والأمنان**[٣] لما قلنا في الدَّراهم، والله سبحانه وتعالى أعلم.

وأما الذي يدْخُل على[٤] قدر المقر به: فهو أن يكون المقرّ به مجهول القَدْر، وأنه في الأصل لا يخلو مِنْ أحد وجهين: إمَّا أن يذكر عدداً واحداً، وإما أن يجمع بين عَدَدَيْن؛ فالأول نحو أنْ يقول: لفلان علي دَرَاهم أو دنانير، لا يصدق في أقل من ثلاثة؛ لأن الثَّلاثة أقل الجمع الصَّحيح، فكان ثابتاً بيقين، وفي الزيادة عليها شك، وحكم الإقرار لا يلزم/ بالشَّك.

ولو قال: لفلان علي دُرَيْهم أو دُنَيْنِير، فعليه درهم تام ودينار كاملٌ؛ لأن التَّصغير له قد

---

(١) في ب: لذلك.
(٢) في ط: بخلاف.
(٣) تقدم تعريف المن.
(٤) في ب: في.

يذكر لصِغَر الحَجم، وقد يذكر لاستحقار الدِّرهم واستقلاله، وقد يذكر لنقصان الوَزْن، فلا ينقص عن الوزن بالشَّك.

وروي عن أبي يوسف فيمن قال: لفلان علي شيء من دراهم أو شيء من الدَّراهم ـ أن عليه ثلاثة دراهم؛ لأنه أجمل الشيء وفسره بدَرَاهم أي الشيء الذي هو دَرَاهم؛ كما في قوله تبارك وتعالى: ﴿فَٱجْتَنِبُوا الرِّجْسَ مِنَ الأَوْثانِ﴾ [الحج: ٣٠] أي الرجس التي هي أوثان، والله سبحانه وتعالى أعلم.

ولو قال: لفلان علي دراهم مضاعفة، لا يصدق في أقل من ستة؛ لأن أقلَّ الجمع الصَّحيح للدراهم ثلاثة، وأقل التَّضْعيف مرة واحدة، فإذا ضعفنا الثلاثة مرة تَصِير ستَّة.

ولو قال: لفلان علي دَرَاهم أضعافاً مضاعفة؛ لا يصدق في أقل من ثمانية عشر؛ لما بينا أن الدراهم المضَاعَفة ستة، وأقل أضْعَاف الستة ثلاث مرات، فذلك ثمانية عشر.

ولو قال: لفلان علي عشرة دراهم وأضعافها مضَاعَفة، لا يصدق في أقل من ثَمَانِين؛ لأنه ذكر عشرة دراهم وضاعف عليها أضعافها مضَاعَفة، وأقل أضعاف العَشْرة ثلاثون، فذلك أربعون وأقل تَضْعيف الأربعين مرة، فذلك ثمانون. وروي عن محمد فيمن قال: لفلان علي غير ألف ـ أن عليه ألفين، ولو قال: غير ألفين عليه أربعة آلاف؛ لأن «غَير» من أسماء الإضافة، فيقتضي ما يغايره لاستحالة مُغَايرة الشَّيء نفسه، فاقتضى ألفاً تغاير الألف الذي عليه، فَصَار معناه لفُلاَن على غير ألف؛ أي غير هذا الألف ألف آخر، فكان إقراراً بألفين، وكذا هذا الاعتبار في قَوْله: غير ألفين، ويحتمل أن يكون قَوْله: غير ألف أي مثل ألف؛ لأن المغايرة من لَوَازِم المماثلة؛ لاستحالة كون الشيء مماثلاً لنفسه، ولهذا قبل في حدّها غير أن ينوب كل واحدٍ منهما مناب صاحبه ويسد مسده، والملازمة بين شيئين طَرِيق الكتابة، فصحت الكتابة عن المُمَاثلة بالمغَايرة، فإذا قال: لفلان علي غير ألف درهم، فكأنه قال: مثل ألف، ومثل الألف ألف مثله، فكان إقراراً بألفين، وكذا هذا الاعْتِبار في قوله: غير ألفين.

ولو قال [له][(١)] على زهاء ألف أو عظم ألف/ أو جل ألف فعليه خمسمائة وشيء؛ لأن هذه عبارات عن أكْثر هذا القدر في العُرْف، وكذا إذا قال: قَرِيب من ألف؛ لأن خمسمائة وشيئاً أقْرَب إلى الألف مِنْ خمسمائة.

ولو قال: لفُلاَن علي دَرَاهم كثيرة لا يصدق في أقلِّ من عشرة دَرَاهم عند أبي حنيفة، وعند أبي يوسف ومحمد ـ رحمهم الله ـ: لا يصدق في أقلِّ من مائتي درهم. وجه قولهما:

---

(١) سقط في ط.

أن المقر به دَرَاهم كثيرة، وما دون المائتين في حد القلّة؛ ولهذا لم يعْتبر ما دونه نصاب الزَّكَاة.

وجه قول أبي حنيفة ـ رضي الله عنه ـ: أنه جعل الكَثْرة صفة للدَّراهم، وأكثر ما يستعمل فيه اسم الدَّراهم العشرة.

ألا ترى أنه إذا زاد على العَشرة يُقَال: أحد عشر درهماً واثني عشر درهماً هكذا، ولا يقال: دراهم، فكانت العشرة أكثر ما يستعمل فيه اسم الدَّراهم، فلا تلزمه الزِّيادة عليها.

ولو قال: لفلان علي مالٌ عظيم أو كثير، لا يصدق في أقل من مِائَتي دِرْهم في المشْهُور، وروي عن أبي حنيفة ـ رحمه الله ـ: أن عليه عشرة.

وجه ما روي عنه: أنه وصف المال بالعظم والعشرة لها عظم في الشَّرع. ألا ترى أنه علق قطع اليَدِ بها في باب السَّرقة، وقدر بها بَدَل البُضْع وهو المَهْر في باب النِّكاح.

وجه القول المشهور: أن العشرة لا تستعظم في العُرْف، وإنما يستعظم النِّصاب؛ ولهذا استعظمه الشَّرع حيث علق وجوب المعظم وهو الزَّكَاةُ به، فكان هذا أقل ما استعظمه الشَّرع عرفاً فلا يصدق في أقل من ذلك، وقيل: إن كان الرَّجُل غنياً يقع على ما يستعظم عند الأغْنِيَاء، وإن كان فقيراً يقع على [ما يستعظم عند الفُقَراء][1]، ولو قال: علي أموال عظام فعليه ستمائة درهم؛ لأن عظام جمع عَظِيم، وأقل الجمع الصَّحيح ثلاثة، وهذا على المشهور من الرِّوايات، فأما على ما روي عن أبي حنيفة ـ رضي الله عنه ـ فَيَقع على ثَلاَثِين درهماً.

ولو قال: غصبت فلاناً إبلاً كثيرةً، فهو على خمس وعشرين؛ لأنه وصف بالكَثْرة ولا تكثر إلا إذا بلغت نصاباً تجب الزكاة فِيهَا في جِنسها، وأقل ذلك خَمْس وعشرون.

ولو قال: لفلان علي حِنْطة كثيرة، فعند أبي حنيفة ـ رحمه الله ـ البيان إليه، وعندهما: لا يصدق في أقل من خمسة أوْسُق/؛ بناء على أن النِّصاب في باب العشر ليس بشَرْط عند أبي حنيفة، وعندهما: شرط.

ولو قال: لفلان علي ما بين مائة إلى مائتين، أو من مائة إلى مائتين ـ فعليه مائة وتِسْعة وتسعون عند أبي حنيفة، وعند أبي يوسف ومحمد: عليه مائتان، وعند زفر: عليه تسعة وتسعون؛ ولذلك إذا قال: لفلان علي ما بين دِرْهم إلى عشرة، أو من درهم إلى عشرة ـ فعليه تسعة دراهم عند أبي حنيفة، وعندهما: عليه عشرة، وعند زفر: عليه ثمانية.

---

(١) بدل ما بين المعكوفين في ب: النصاب.

ولو قال ما بين هذين الحَائِطين لفُلاَن، لم يدخل الحَائِطان في إقراره بالإجماع، وكذلك لو وَضَع بين يديه عشرة مرتبة، فقال: ما بين هذا الدرهم إلى هذا الدرهم - وأشار إلى الدرهمين - لفُلاَن، لم يدخل الدِّرهمان تحت إقراره بالاتِّفاق، والأصل فيه[1] أن الغايتان لا يدْخُلان، وعندهما: يدْخُلان، وعند أبي حنيفة: يدْخُل الأول دون الآخر.

وجه قول زفر: أن المقر به ما ضربت به[2] الغَايَة لا الغاية، فلا تَدْخُل الغاية تحت ما ضربت له الغَايَة، وهنا[3] لم يَدْخُل في باب البيع.

وجه قولهما: أنه لما جعلهما غايتين، فلا بدَّ من وجودهما ومن ضَرُورة وجودهما لزومهما.

وجه قول أبي حنيفة: الرجوع إلى العُرْف والعَادَة، فإن من تكلَّم بمثل هذا الكَلاَم يريد به دُخُول الغاية الأولى دون الثَّانية، ألا ترى أنه إذا قيل: سنُّ فُلاَنٍ ما بين تسعين إلى مِائة، لا يراد به دُخُول المائة، كذا ههنا.

ولو قال: لفلان علي ما بين كر شَعِير إلى كر حِنْطَةٍ، فعليه كر شعير وكر حنطة إلا قفيزاً، على قِيَاس قول أبي حنيفة، وعندهما: عليه كران؛ ولو قال: لفلان علي من دِرْهم إلى عشرة دنانير، أو من دينار إلى عشرة دَرَاهم - فعند أبي حنيفة - رحمه الله: عليه أربعة دَنَانير وخمسة دراهم، تجعل الغاية الأخيرة من أفْضَلهما، وعندهما: عليه خمسة دنانير وخَمْسَة دراهم، وعند زفر: عليه مِنْ كل جِنْس أربعة.

ولو قال: له عليّ من عشرة دَرَاهم إلى عشرة دَنَانير، عليه عشرة دراهم وتسعة دنانير عند أبي حنيفة - رحمه الله -، وكذلك لو قال: له علي من عشرة دَنَانير إلى عشرة دَرَاهم قدم أو أخَّر، وعندهما: عليه الكلّ، وكذلك هذا الاخْتِلاف في الوصية والطلاق، ولو قال:/ لفلان علي خَمْسةِ دراهم في خمسة دَرَاهم، ونوى الضرب والحِسَاب فعليه خمسة، وقال زفر: عليه خَمْسة وعشرون.

وجه قوله: أن خمسة في خمسة على طريق الضَّرب والحساب خمسة وعشرون، فيلزمه ذلك.

ولنا: أن الشيء لا يتكثَّر في نفسه بالضَّرب، وإنما يتكثر بأجْزائه، فخمسة في خمسة له

---

(١) في ب: في هذا.

(٢) في ط: به.

(٣) في ب: ولهذا.

خمسة أجزاء، فيلزمه ذلك بالإقْرَار، وإن نوى به خمسة مع خمسة فعليه عشرة؛ لأن (في) تَحْتَمل (مع) لمناسبة بينهما في معنى الاتِّصال، ولو أقر بتمر في قوصرة فعليه التمر والقوصرة جميعاً؛ وكذلك إذا قال: غصبت من فُلاَن ثوباً في مِنْدِيل، يلزمه الثوب والمنديل، وهذا عندنا، وعند الشافعي ـ رحمه الله ـ: لا يلزمه الظرف، ولو أقر بدابة في إصطبل لا يلزمه الإصطبل بالإجماع.

وجه قول الشافعي ـ رحمه الله ـ: أن الداخل تحت الإقرار التمر والثوب لا القوصرة والمنديل؛ لما ذكرنا أن ذلك ظرفاً، فالإقرار بشيء في ظرفه لا يكون إقراراً به وبظرفه؛ كالإقرار بدابة في الإصطبل وبنخلة في البستان ـ أنه لا يكون إقراراً بالإصْطبل والبستان.

ولنا: أن الإقرار بالتَّمر في قوصرة إقرار بوجود سبب وجوب الضَّمان فيهما؛ وكذلك الإقرار بغصْب الثوب في منديل؛ لأن الثَّوب بغصب مع المنديل الملْفُوف فيه عادة؛ وكذلك التمر مع القوصرة. وأما غَصْب الدابة مع الإصْطَبل فغير معتادٍ، مع أن العقار لا يحْتَمل الغصب عند أبي حنيفة وأبي يوسف ـ رحمهما الله ـ؛ ولو قال: لفلان علي ثَوْب في ثوب، فعليه ثوبان لما قلنا، ولو قال: ثوب في عشرة أثواب، فليس عليه إلا ثوب واحد عند أبي يوسف، وعند محمد ـ رحمه الله ـ: عليه أحد عشر ثوباً.

وجه قول محمد ـ رحمه الله ـ: أنه جعل عشرة أثْوَاب ظرفاً لثوب واحد، وذلك يحتمل بأن يكون في وسط العشرة، فأشبه الإقرار بثَوْبٍ في منديل أو في ثوب. وجه قول أبي يوسف: أن ما ذكره محمَّد ممكن لكنه غير معتاد، ومطلق الكلام للمعتاد، هذا إذا ذكر عدداً واحداً مجملاً؛ فإن ذكر عدداً واحداً معلوماً لكن أضَافَه إلى صنفين؛ بأن قال: لفلان عليّ مائتا مثقال ذهب وفضة، أو كرا حنطة وشَعِير ـ فله من/ كل واحدٍ منهما النِّصف، وكذلك لو سَمَّى أجناساً ثلاثة فعليه من كل واحد الثّلث، وكذلك لو تزوج على ذلك؛ لأنه ذكر عدداً واحداً وأضافه إلى عددين[1] من غير بيان حِصَّة كل واحدٍ منهما، فتكون حصَّة كل واحدٍ منهما على السَّواء، كما إذا أضافه إلى شَخْص واحدٍ؛ بأن أقر بمائتي درهم لرجلين، فإن لكل واحد منهما النصف، كذا هذا.

ولو قال: استودعني ثلاثة أثْوَاب **زطي**[2] ويهودي، فالقول قول المقر؛ إن شاء جعل زطيين ويهودياً، وإن شاء جعل يهوديين وزطيا؛ لأنه جعل الأثواب الثّلاثة من جِنْس الزطي واليهودي، فيكون زطي ويهودي مراداً بيقينٍ، فكان البَيَان في الآخر إليه لتعذر اعتبار المُسَاوَاة فيه.

---

(١) في ب: معدودين.

(٢) نسبة إلى الزُّط؛ وهم جيل من الهند. ترتيب القاموس المحيط (زطط).

ولو قال: استودعني عشرة أثواب هروية ومروية، كان من كل صنفِ النّصف؛ لأن اعتبار المُسَاوَاة ههنا ممكن.

وأما إذا جمع بين عددين، فلا يخلو إما أن جمع بين عددين مجملين، وإما أن أجمل أحدهما وبين الآخر، فإن جمع بين عَدَين مجملين؛ بأن قال: لفلان علي كذا وكذا درهماً، لا يصدق في أقل من أحَدَ عشر درهماً؛ لأنه جمع بين عددين مبهمَّين وجعلهما اسماً واحداً من غير حَرْف الجمع، وذلك يحتمل أحد عشر واثنا عشر هكذا إلى تسعة عشر، إلا أن أقل عدد يعبر عنه بهذه الصِّيغة أحد عشر فيحمل عليه لكونه متيقّنا به، ويلزمه أحد عشر درهماً؛ لأنه فسر هذا العدد بالدَّراهم لا بغيرها.

ولو قال: لفلان علي كَذَا وكذا درهماً، لا يصدق في أقل من إحدى وعشرين درهماً، لأنه جمع بين عددين مُبْهَمين بحرف الجمع، وجعلهما اسماً واحداً، وأقل ذلك إحْدَى وعشرون.

وأما إذا أجمل أحدهما وبين الآخر، فنحو أن يقول: لفلان علي عشرة دراهم ونيف، فعليه عشرة، والقول قوله في النيّف من دِرْهم أو أكثر أو أقل؛ لأنه عبارة عن مُطْلَق الزيادة، ولو قال: لفلان عليّ بضع وخَمْسُون درهماً لا يصدق في بيان البُضْع في أقلّ من ثلاثة دراهم؛ لأن البِضْع في اللُّغة اسم لقطعة من العَدَد، وفي عرف اللّغة يستعمل في الثلاثة إلى التِّسعة، فيحمل على أقل المتعارف؛ لأنه متيقن به.

ولو قال: لفلان علي عشرة دراهم ودانق أو قيراط، فالدانق والقيراط من الدَّراهم؛ لأنه/ عبارة عن جزء من الدَّراهم؛ كأنه قال: لفلان علي عشرة وسدس؛ ولو قال: لفلان علي مائة ودرهم فالمائة دراهم، ولو قال: مائة ودينار فالمائة دنانير، ويكون المعْطُوف عليه من جنس المعْطُوف، وهذا استحسان، والقياس أن يلزمه دِرْهَم والقول قوله في المائة.

وجه القياس: أنه أبهم المائة وعطف الدِّرهم عليها، فيعتبر تصرُّفه على حسب ما أوقعه فيلزمه درهم، والقَوْل في المبهم قوله.

وجه الاستِحْسان: أن قوله: لفلان علي مائة ودِرْهَم أي مائة درهم ودرهم، هذا معنى هَذَا في عرف النَّاس، إلا أنه حذف الدِّرهم طلباً للاختصار على ما عليه عادة العَرب من الإضمار والحذف في الكَلاَم، وكذلك لو قال: لفلان علي مائة وشاة، فالمائة من الشياه عليه تعرف[1] الناس.

---

(١) في ب: عرف.

ولو قال: لفلان علي مائة وثوب، فعليه ثوب والقَوْل في المِائة قوله؛ لأن مثل هذا لا يسْتَعمل في بيان كَوْن المعْطُوف عليه من جِنْس المعطوف، فبقيت المائة مجْمَلة فكان البيان فيما أجمل عليه، وكذلك إذا قال: مائة وثوبان. ولو قال: مائة وثلاثة أثواب فالكل ثياب؛ لأن قوله: مائة وثلاثة كل واحد منهما مجمل.

وقوله: أثواب يصلح تفسيراً لهما، فجعل تفسيراً لهما، وكذلك روي عن أبي يوسف - رحمه الله - فيمن قَالَ: لفلان علي عشرة وعبد - أن عليه عبد والبيان في العشرة إليه، والله سبحانه وتعالى أعلم.

وكذلك إذا قال: لفلان علي عشرة ووصيفة، أن عليه وَصِيفة والبيان في العشرة إليه، ولو أقر لرجل بألف في مجلس، ثم أقر له بألف أخرى - نظر في ذلك؛ فإن أقر له في مجلس آخر فعليه ألفان عند أبي حنيفة - رحمه الله -، وعند أبي يوسف ومحمد: عليه ألف واحدةٌ، وهو إحدى الروايتين عن أبي حنيفة - رضي الله عنه - أيضاً، وإن أقر له في مجلس واحدٍ، فعندهما لا يشكل أنَّ عليه ألفاً واحداً، وأما عند[1] أبي حنيفة: ذكر عن الكَرْخي أن عليه ألفين، وذكر عن الطحاوي أن عليه ألفاً واحداً؛ وهو الصحيح.

وجه قول أبي يوسف ومحمد: أن العادة [جرت][2] بين الناس بتَكْرار الإقرار بمال واحدٍ في مجلسين مختلفين لتكثير الشهود، كما جرت العادة بذلك في مجلسٍ/ واحد ليفهم[3] الشهود، فلا يحمل على إنْشاء الإقرار مع الشَّك.

وجه قول أبي حنيفة: أن الألف المذْكُور في الإقرار الثّاني غير الألف المذكور في الإقْرار الأول؛ لأنه ذكر كل واحد من الألفين منكراً، والأصل أن النّكرة إذا كررت يراد بالثّاني غير الأول، قال الله تبارك وتعالى: ﴿إنَّ مَعَ العُسْرِ يُسْراً، إنَّ مع العُسْرِ يُسْراً﴾ [الشرح:٦] حتى قال ابن عباس - رضي الله عنه -: لن يغلب عسر يسرين، إلا أنا تركنا هذا الأصل في المَجْلس الواحد للعَادة، والله أعلم.

فصل في شرائط الركن

وأما شَرَائط الركن فأنواع، لكن بعضها يعم الأقارير كلها. وبعضها يخصُّ البعض دون البَعْض، أما الشَّرائط العامة فأنواع: منها العقل، فلا يصح إقرار المجنُون والصَّبي الذي لا

(١) في ب: عن.
(٢) سقط في ط.
(٣) في ب: لتفهيم.

يعقل، فأما البلوغ فليس بِشَرْط، فيصح إقرار الصَّبي العاقل بالدين والعين؛ لأن ذلك من ضَرُورات التِّجارة على ما ذَكَرْنا في كتاب المأْذُون، إلا أنه لا يصحُ إقرار المحجور؛ لأنه من التصرُّفات الضَّارة المحْضَة من حيث الظَّاهر، والقَبُول من المأذون للضَّرورة ولم يوجد، وأما الحرية فليست بِشَرْطٍ لصحَّة الإقرار، فيصح إقرار العبد المأذون بالدين والعين؛ لما بينا في كتاب المأذون، وكذا بالحدود والقِصَاص، وكذا العبد المحْجُور يصح إقراره بالمَالِ لكن لا ينفذ على المولى للحَال، حتى لا تباع رقبته بالدَّين بخلاف المأذون؛ لأن إقرار المأذون [بالدين][1] إنما صحَّ لكونه من ضَرُورات التجارة على ما ذكر في كتاب المأْذُون.

والمحجور لا يَمْلِك التِّجارة فلا يملك ما هو من ضَرُوراتها، إلا أنه يصحُّ إقراره في حَقِّ نَفْسه حتى يؤاخذ به بعد الحريَّة؛ لأنه من أهل الإقرار لوجود العقل والبلوغ، إلا أنه امتنع النَّفاذ على المولى للحال لحقه، فإذا عتق فقد زال المَانِع فيؤاخذ به.

وكذا يصحُّ إقراره بالحُدُود والقصاص، فيؤاخذ به للحال؛ لأن نفسه في حق الحُدُود والقِصَاصُ كالخارج عن مِلْك المولى، ولهذا لو أقرَّ المولى عليه بالحدود والقِصَاص لا يصحُّ؛ وكذلك الصحة ليست بشَرْط لصحة الإقرار، والمرض ليس بمَانِع حتى يصحَّ إقرار المَرِيض في الجُمْلة؛ لأن صحَّةُ إقرار الصحيح برُجْحَان[2] جانب الصِّدق على جانب الكذب، وحال المريض أدل على الصِّدق، فكان إقراره أولى بالقَبُول على ما نَذْكُره في موضعه إن شاء الله تعالى.

/ وكذلك الإسلام ليس بشَرْط لصحة الإقرار؛ لأنه في الإقرار على نفسه غير متهم، ومنها ألاَّ يكون متهماً في إقراره، لأن التهمة تخل برجْحَان [جانب][3] الصدق على جانب الكذب في إقراره؛ لأن إقرار الإنسان على نفسه شَهَادة، قال الله تعالى: ﴿يا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا، كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ شُهَدَاءِ لله وَلَوْ عَلَىٰ أَنفُسُكُمْ﴾ [النساء: ١٣٥] والشهادة على نفسه إقرار دلَّ أن الإقرار شهادة، وأنها ترد بالتهمة، وفروع هذه المسائل تأتي في خلال المسائل إن شاء الله تعالى.

ومنها الطوع حتى لا يصحَّ إقرار المكره؛ لما ذكرنا في كتاب الإكْراه. ومنها أن يكون المقرّ معلوماً؛ حتى لو قال رجلان: لفلان على واحد منَّا ألف درهم، لا يصحُّ؛ لأنه إذا لم يكن معلوماً لا يتمكّن المقر له من المَطَالبة، فلا يكون في هذا الإقرار فائدة فلا يصحُّ.

---

(١) سقط في ط.
(٢) في ب: الرجحان.
(٣) سقط في ط.

وكذلك إذا قال أحدهما: غصب واحد منا، وكذلك إذا قال: واحد منا زنى أو سرق أو شرب أو قذف؛ لأن من عليه الحدّ غير مَعْلُوم، فلا يمكن إقامة الحَدّ. وأما الذي يخص بعض الأقارير دون البَعْض، فمعرفته مبنيَّة على معرفة أنْوَاع المقر به، فنقول ولا قوة إلا بالله تعالى:

إن المقر به في الأصْلِ نَوْعان: أحدهما: حقّ الله تعالى عز شأنه، والثَّاني: حق العَبْد.

أما حق الله سبحانه وتعالى فنوعان أيضاً: أحدهما: أن يكون خالصاً لله تعالى وهو حد الزِّنا والسرقة والشرب.

والثاني: أن يكون للعَبْد فيه حق وهو حد القذف، ولصحة الإقرار بها شَرَائط ذكرناها في «كتاب الحدود».

فصل في حق العبد

وأما حق العَبْد فهو المال من العين والدَّين والنَّسب والقِصَاص والطلاق والعَتَاق ونحوها، ولا يشْتَرط لصحَّة الإقرار بها ما يشْتَرط لصحة الإقرار بحقوق الله تعالى، وهي ما ذكرنا من العدد ومجلس القَضَاء والعبارة، حتى أن الأخرس إذا كَتَب الإقرار بِيَده أو أومأ بما يعرف أنه إقرار بهذه الأشياء ـ يجوز، بخلاف الذي اعتقل لسانه؛ لأن للأخْرَس إشارة معْهُودة، فإذا أتى بها يحْصُل العلم بالمشار إليه، وليس ذلك لمن اعتقل لسانه؛ ولأن إقامة الإشارة مقام العبارة أمر ضَرُوري، والخرس ضرورة لأنه أصلي.

فأما اعتقال اللِّسان فليس من باب الضَّرورة؛ لكونه على شرف الزوال، بخلاف الحُدُود؛ لأنه لا يجعل ذلك إقراراً بالحدود؛ لما بينا أن مبنى الحُدُود على صَرِيح البيان؛ بخلاف/ القصاص فإنه غير مبنيّ على صريح البيان، فإنه إذا أقر مطلقاً عن صفة التعمد بذلك آلة دالة عليه وهي السيف ونحوه يستوفي بمِثْله القصاص، وكذا لا يشترط لصحَّة الإقرار بها الصّحو، حتى يصحّ إقرار السَّكران، لأنه يصدق[1] في حقّ المقر له أنه غير صاحي، أو لأنه ينزل عقله قائماً في حق هذه التصرُّفات، فيلحق فيها بالصَّاحي مع زواله حقيقة عقوبة عليه، وحقوق العباد تثبت مع الشُّبهات، بخلاف حُقُوق الله تعالى، لكن الشَّرائط المختصَّة بالإقرار بحُقُوق العباد نوعان: نوع يرجع إلى المقر له، ونوع يرجع إلى المقر به.

أما الذي يرجِعُ إلى المقر له فنوع واحد، وهو أن يكون معلوماً، موجوداً كان أو حملاً، حتى لو كان مجهولاً بأن قال لواحد من الناس: عليّ أو لزيد علي ألف درهم لا يصحُّ؛ لأنه لا يملك أحد مُطَالَبته فلا يفيد الإقرار، حتى لو عين واحداً بأن قال: عينت به فلاناً يصحّ.

ولو قال: لحمل فلانة علي ألف درهم فإن بين جهة يصِحُّ وجوب الحق للحَمْل من تلك

(١) في ب: لا يصدق.

الجِهَة؛ بأن قال المقر: أوصى بها فلان له، أو مات أبوه فورثه صحَّ الإقرار؛ لأنَّ الحق يجب له من هذه الجِهَة، فكان صادقاً في إقراره فيصح، وإن أجمل الإقرار لا يصحُّ عند أبي يوسف، وعند محمد: يصح.

وجه قول محمد: أن إقرار العاقل يجب حَمْلُه على الصِّحة ما أمكن، وأمكن حمله على إقراره على جِهَة مصححة له وهي ما ذكرنا، فوجب حمله عليه.

وجه قول أبي يوسف: أن الإقرار المبهم له جهة الصِّحة والفَسَاد؛ لأنه إن كان يصحُّ بالحمل على الوصيَّة، والإرث يفسد بالحَمْل على البيع والغصب والقَرْض، فلا يصحُّ مع الشَّك، مع ما أن الحمل في نفسه محتمل الوُجُود والعدم، والشك من وجهٍ واحد يمنع صحَّة الإقرار فمن وَجْهَين أولى. والله أعلم.

هذا إذا أقر للحمل، أما إذا أقر بالحمل بأن أقر بحمل جَارِية أو بحمل شاة لرجلٍ - صحَّ أيضاً؛ لأن حمل الجارية والشّاة مما يحتمل الوُجُوب في الذمة؛ بأن أوصى له به مَالِكُ الجارية والشّاة فأقر به، والله أعلم.

وأما الذي يرجع إلى المقر به، أما الإقرار بالعَيْن والدّين فشرط صحَّة الفراغ عن تعلّق/ حق الغير؛ فإن كان مشغولاً بحق الغير لم يصحَّ؛ لأن حق الغير معصوم محترم، فلا يجوز إبطاله من غير رضاه، فلا بدَّ من معرفة وقت التعلّق ومعرفة محل التعلق.

أما وقت التعلق فهو وقت مَرَض الموت[1]، فما دام المديون صحيحاً فالدين في ذمَّته،

---

(١) المراد بالمريض هنا المريض مرض الموت وهو المرض الذي يغلب فيه الهلاك وإن لم يكن صاحبه صاحب فراس ولم يمنعه عن قضاء حوائجه الخارجة إن كان رجلاً أو الداخلة إن كانت امرأة فما كان من الأمراض المزمنة التي طالت ولم يخف منها الهلاك كالفالج ونحوه لا يعتبر مرض موت وإن صير صاحبه صاحب فراس ومنعه من قضاء حوائجه. ويلحق بالمريض المذكور في الحكم كل من كان غالب حاله الهلاك بأن بارز رجلاً أو قدم ليقتص منه أو ليرجم أو كان في سفينة وتلاطمت بها الأمواج وخيف الغرق أو بقي على لوح من السفينة أو افترسه سبع وبقي في فيه أو قدمه ظالم ليقتله فجميع هؤلاء الأشخاص يكون حكمهم حكم المريض مرض الموت في جميع التصرفات ويشترط في المريض وفيهم لاعتبار تصرفاتهم تصرفات مرض أن يتصل بهم الموت وهم في أحوالهم المذكورة فلو لم يتصل بهم الموت اعتبرت تصرفاتهم تصرفات صحة لا تصرفات مرض فتنفذ ما لم يمنع مانع آخر من النفاذ. وعلى هذا لا يعتبر الشخص الذي يمرض يومين ويصح ثلاثة أو يمرض يوماً ويصح يومين مريضاً مرض الموت إلا في المدة التي يمرض فيها ويعقبها الموت فما يسبقها من التصرفات يكون تصرفات صحة وما يكون فيها يكون تصرفات مرض. هذا ومتى أقر المريض المذكور أو من ألحق به ممن غلب عليهم الهلاك بحق الآخر فإما أن يقر بدين أو يقر بعين وعلى كل فإما أن يقر لأجنبي أو يقر لوارث ولكل حكم مخصوص. ينظر: الإقرار لشيخنا عبد الحميد حسن طائل.

فإذا مرض مرض المَوْت يتعلق بتركته، أي يتعين فيها ويتحوَّل من الذمة إليها، إلا أنه لا يعرف كَوْن المَرَض مرض المَوْت إلا بالموت[١]، فإذا اتصل به المَوْت تبين أن المَرَض كان مَرَضَ الموت من وقت وُجُوده، فتبين أن التعلُّق يثبت من ذلك الوَقْت، وبَيَان ذلك الوقت ببيان حكم إقرار المَرِيض. والصَّحِيح وما يفْترقان فيه وما يتّصل به وما يسْتَويان فيه، فنقول وبالله التوفيق: إقرار المريض في الأصْلِ نَوْعَان: إقراره بالدَّين لغيره، وإقراره باستيفاء الدَّين من غيره.

فأما إقراره بالدَّين لغيره، فلا يخلو من أحد وجهين: إما إن أقر به لأجنبي أو لوارث؛ فإن أقر به لوارثٍ فلا يصحُّ إلا بإجازة البَاقِين عندنا.

وعند الشافعي: يصح.

وجه قول الشافعي رحمه الله: أن جهة الصحة للإقرار هي رُجْحان جانب الصِّدق على جانب الكَذِب، وهذا في الوارثِ مثل ما في الأجنبي، ثم يقبل إقرار الأجنبي كذا الوَارِث.

ولنا: ما روي عن سيدنا عمر وابنه سيدنا عبد الله - رضي الله عنهما - أنهما قالا: إذا أقر المريض لوارثه لم يجز، وإذا أقر لأجنبي جَاز، ولم يرو عن غيرهما خلاف ذلك فيكون إجماعاً؛ ولأنه متهم في هذا الإقرار؛ لجواز أنه آثر بعض الورثة على بَعْضٍ؛ بميل الطبع أو بقضاء حق موجب للبعث على الإحسان، وهو لا يملك ذلك بطريق التبرُّع والوصية به، فأراد تَنْفِيذ غَرَضه بصورة الإقرار من غير أن يكون للوَارِث عليه دين، فكان متَّهماً في إقراره فيرد؛ ولأنه لما مرض مرض الموت فقد تَعلَّق حق الورثةِ بماله، ولهذا لا يملك أن يتبرَّع عليه بشيء من الثلث، مع ما أنه خالص ملكه لا حق لأجنبي فيه، فكان إقراره للبعض إبطالاً لحق الباقين، فلا يصح في حقهم ولأن الوصية لم تجز لوارث فالإقرار أولى؛ لأنه لو جاز الإقْرَار لارتفع[٢] بطْلاَن الوصية؛ لأنه يميل إلى الإقرار اختياراً للإيثار/، بل هو أولى من الوصية؛ لأنه لا يذهب بالوصية إلا الثلث، وبالإقرار يذهب جميع المال، فكان إبطال الإقرار إبطال الوصية بالطَّريق الأولى. ويصحُّ إقرار الصَّحيح لوارث؛ لأنَّ ما ذكرنا من المَوانِع منعدمة في إقراره، هذا إذا أقر لوارثٍ؛ فإن أقر لأجنبي، فإن لم يَكُن عليه دين ظاهرٌ معلوم في حالة الصِّحة يصحُّ إقراره من جميع التركة استحساناً، والقياس ألاَّ يصح إلا في الثلث.

وجه القياس: أن حق الورثة بما زاد على الثُّلث متعلق؛ ولهذا لم يملك التبرُّع بما زاد على الثُّلث، لكنا ترَكْنا القياس بالأثر، وهو ما روي عن ابن سيدنا عمر - رضي الله تعالى عنهما - أنه قال: إذا أقرَّ المَرِيض بدين لأجنبي، جاز ذلك من جميع تركته، ولم يعرف له فيه من الصَّحابة - رضي الله تعالى عنهم - مخالف، فيكون إجماعاً؛ ولأنه في الإقرار للأجنبي غير متّهم فيصح.

---

(١) في ب: لم ينفع.

ويصحُ إقرار الصَّحيح للأجنبي من جميع المال؛ لانعدام تعلق حق الورثة بماله في حالة الصِّحة، بل الدين في الذمة، وإنما يتعلّق بالتركة حالة المرض؛ وكذا لو أقر الصَّحيح بديون لأناسٍ كثيرة متفرقة؛ بأن أقر بدين [ثم بدين](١) جاز عليه كله؛ لأن حالة الصِّحة حال الإطلاق لوجود الموجب للإطلاق، وإنما الامتناع لعارض تعلُّق حق الورثة أو للتهمة، وكل ذلك ههنا منعدم، ويستوي فيه المتقدم والمتأخر، لحصول الكل في حالة الإطلاق.

ولو أقر المَرِيض بديون لأناس كثيرة متفرّقة؛ بأن أقر بدين ثم بدين ـ جاز ذلك كله واستوى فيه المتقدم والمتأخر استواء الكُلِّ في التعلق؛ لاستوائهما في زمان التعلق وهو زمان المَرَض؛ إذ زمن المرض مع امْتِداده بتجدد أمثاله حقيقةً بمنزلة زمانٍ واحدٍ في الحكم، فلا يتصور فيه التقدُّم والتأخر. ولو أقر وهو مَريض بدين ثم بعين؛ بأن أقر أن هذا الشَّيء الذي في يده وديعة لفلان ـ فهما دينان، ولا تقدم الوديعة لأن إقراره بالدَّين قد صحَّ، فأوجب تعلق حق الغُرَماء بالعين لكونها مَمْلُوكة من حيث الظَّاهر، والإقرار بالوديعة لا يبطل التعلُّق؛ لأن حق الغير يصَانُ عن الإبطال ما أمكن، وأمكن أن يجعل ذلك إقراراً بالدين لإقراره باستهلاك الوَدِيعةُ بتقديم/ الإقرار بالدَّين عليه، وإذا صار مقراً باستهلاك الوديعة، فالإقرار باستهلاك الوَدِيعة يكون إقراراً بالدين؛ لذلك كانا دينين.

ولو أقر بالوَدِيعة أولاً ثم أقرَّ بالدين، فالإقرار بالوديعةِ أولى؛ لأن الإقرار بالوَدِيعة لما صح خرجت الوَديعة من أن تكُون محلاً للتعلقِ؛ لخروجها عن ملكه فلا يثبت التعلُّق بالإقرار، لأن حق غَرِيم المرض يتعلق بالتَّركة لا بغيرها ولم يوجد، وكذلك لو أقرَّ المريض بمال في يده أنه بضاعة أو مضاربة، فحكمه وحكم الوَدِيعة سواء، والله سبحانه وتعالى أعلم.

هذا إذا أقر المريض بالدَّين وليس عليه دين ظاهر مَعْلُوم في حال الصِّحة ـ يعتبر(٢) إقراره، فأما إذا كان عليه دين ظاهرٌ معلوم بغير إقْرَاره ثم أقر بدين آخر ـ نظر في ذلك فإن لم يكن المقرّ به ظاهراً معلوماً بغير إقراره، تقدم الديون الظاهرة لغرماء الصِّحة في القضاء، فتقضى ديونهم أولاً من التَّركة، فما فضل يصرف إلى غير غرماء الصِّحة، وهذا عندنا، وعند الشافعي ـ رحمه الله ـ يستويان.

وجه قوله: أن غريم المَرَض مع غريم الصِّحة استويا في سبب الاستِحْقَاق؛ وهذا لأن الإقرار إنما كان سبباً لظهور الحق؛ لرجْحَان جانب الصِّدق على جانب الكَذِب، وحالة المرض أدل على الصدق؛ لأنها حالة يتدارَك الإنسان فيها ما فرط في حالة الصِّحة؛ فإن الصدق فيها أغلب فكان أولى بالقَبُول.

---

(١) سقط في ط.

(٢) في ب: تعين.

ولنا: أن شرط صحة الإقرار في حق غَرِيم الصِّحة لم يوجد ـ فلا يصح في حقِّه؛ ودليل ذلك أن الشرط فراغ المال عن تعلق حقِّ الغير به لما بينا ولم يوجد، لأن حق غَرِيم الصِّحة متعلّق بماله من أول المَرَض، بدليل أنه لو تبرع بشيء من ماله لا ينفذ تبرعه، ولولا تعلق حق الغير به لنفذ؛ لأنه حينئذٍ كان التبرُّع تصرفاً من الأصل[1] في محلٍّ هو خالص ملكه، وحكم الشرع في مثله النَّفاذ، فدل عدم النفاذ على تعلُّق النفاذ، وإذا ثبت التعلق فقد انعدم الفَرَاغ الذي هو شرط صحَّة الإقرار في حق غريم الصِّحة فلا يصح في حقه، ولأنه إذا لم يعلم وجُوبه بسبب ظاهر معلوم سوى إقراره ـ كان متهماً في هذا الإقرار في حق غُرَماء الصحة؛ لجواز أن يكون له ضَرْب عناية في حق شخْص يميل طبعه إلى الإحسان إليه، أو بينهما حقوق تبعثه على المعْرُوف والصلة في حقه، ولا يَمْلك ذلك بطريق التبرع، فيريد به تحصيل مراده بصُورة الإقرار، فكان متهماً في حق أصْحاب الديون الظاهرة أنه أظهر الإقرار من غَيْر أن يكون عليه دَيْن، فيرد إقراره بالتهمة. وكذلك إذا كان عليه دين الصِّحة فأقر بعبده في يده ـ إنه لفلان لا يصحُّ إقراره في حق غُرَمَاء الصِّحة، وكانوا أحق بالغرماء من الذي أقر له؛ لأنه لما مرض مرض الموْت فقد تعلق حق الغُرَمَاء بالعَبْد لما بينا، وكان الإقرار بالعبد لفلان إبطالاً لحقهم، فلا يصحُّ إقراره في حقهم.

هذا الذي ذكرنا إذا لم يكن الدّين المقر به ظاهراً معلوماً بغير إقراره، فأما إذا كان بدلاً عن مال مِلْكه؛ كبدل القرض وثمن المبيع، أو بدلاً عن مال استهلكه فهو بمَنْزلة دين الصِّحة ويقدّمان جميعاً على دين المَرَضِ؛ لأنه إذا كان ظاهراً معلوماً بسبب معلوم لم يحتمل الردّ، فيظهر وجوبه بإقراره وتعلقه بالتَّركة من أول المرض، وكذا إذا كان ظاهراً معلوماً بسبب معلوم لا يتهم في إقراره، والله سبحانه وتعالى أعلم.

وكذلك إذا تزوج امرأة في مرضِهِ بألف درهم ومهر مثلها ألف درهم ـ جاز ذلك على غرماء الصِّحة والمرأة تحاصصهم[2] بمَهْرها؛ لأنه لما جاز النكاح ولا يجوز إلا بوجوب المهر، كان وجوبه ظاهراً معلوماً؛ لظهور سبب وجوبه وهو النكاح، فلم يكن وجُوبه محتملاً للرد فيتعلق بماله ضرورة.

يحققه أن النِّكاح إذا لم يجز بدون وُجُوب المَهْر، والنِّكاح من الحوائج الأصلية للإنسان، فكذلك وجُوب المَهْر الذي هو من لوازمه شرعاً، والمريض غير محْجُور عن صرف ماله إلى حوائجه الأصلية كثمن الأغذية والأدوية، وإن كان عليه دين الصِّحة.

---

(١) في ب: الأهل.

(٢) تحاصصهم: تقاسمهم الحصص.

وللصَّحيح أن يؤثر بعض الغُرَماء على بعض، حتى أنه لو قضى دين أحدهم لا يشاركه فيه البَاقُون؛ لما بينا أن الدين في حالة الصِّحَّةُ لم يتعلق بالمال بل هو في الذمة، فلا يكون في إيثار البَعْض إبطال حق الباقين، إلا أن يقر لرجلين بدين واحد، فما قبض أحدهما منه شيئاً كان لصاحبه أن يُشَاركه فيه؛ لأنه قضى ديناً مشتركاً، فكان المَقْبُوض على الشركة وليس للمَرِيض أن يؤثر بعض غُرَمَائه على بَعْض، سواء كانوا غرماء المرض أو غرماء الصِّحَّة، حتى أنه لو قضى دين أحدهم شاركه البَاقُون في المقبوض؛ لأن المرض أوْجَب تعلّق الحقّ بالتُّركة وحقوقهم في التعلق على السواء؛ فكان في إيثار البعض إبطال حق الباقين، إلا أن يكون ذلك بدل قَرْض أو ثمن مبيع؛ بأن استقرض في مَرضه، أو اشترى شيئاً بمثل قيمته وكان ذلك ظاهراً معلوماً ـ فله أن يقْضِي القَرْض وينقد الثمن، ولا يشاركه الغرماء في المَقْبُوض والمنقود؛ لأن الإيثار في هذه الصُّورة ليس إبطالاً لحق الباقين؛ لأن حقوقهم متعلّقة بمعنى التَّركة لا بصورتها، والتركة قائمة من حيث المَعْنَى؛ لقيام بدلها؛ لأن بدل الشيء يقوم مقامه كأنه هو، فلم يكن ذلك إبطالاً معنى.

ولو تزوج امرأة أو اسْتَأجر أجيراً فنقدهما المهر والأُجرة ـ لا يسلم لهما المنقود، بل الغرماء يتبعونهما ويخاصِمُونهما بديونهم، وكانوا أسوة الغرماء؛ لأن التسليم ـ أعني جعل المنقود سالماً لهما ـ إبطال حق[1] الغُرَماء صورةً ومعنًى؛ لأن المهر بدل عن ملك النِّكاح، وملك النكاح لا يحتمل تعلُّق حق الغُرَماء به، وكذلك الأجرة بدل عن المَنْفَعة المسْتَوفاة، وهي مما لا يحتمل تعلُّق الحق به، لذلك لزم الاستواء في القِسْمَة، والله تعالى أعلم.

وعلى هذا الأصل يخرج تقديم الدين على الوَصِيَّة والميراث، لأن الميراث حق وضع في المال الفَارغ عن حاجة الميِّت، فإذا مات وعليه دين مسْتَغرق للتركة، والتركة مشغولة بحاجته، فلم يوجد شَرْط جريان الإرث فيه، قال الله تعالى عز من قائل: ﴿مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصَىٰ بِهَا أَوْ دَيْنٍ﴾ [النساء:١١] وقد قدم الدَّين على الميراث، وسواء كان دين الصِّحة أو دين المرض؛ لأن الدلِيل لا يوجب الفصل بينهما، وهو ما بينا، وإذا اجتمعت الدُّيون فالغرماء يقسمون التركة على قدر دُيُونهم بالحصص؛ ولو ترى شيء من التركة قبل القِسْمة، اقتسموا الباقي بينهم بالحصص، ويجعل الناوي كأنه لم يكن أصلاً؛ لأن حق كل واحد منهم تعلّق بكل جزء من التركة، فكان الباقي بينهم على قَدْر ديونهم، والله تعالى أعلم.

فصل في بيان محل تعلق بالحق

وأما بيان محل تعلُّق الحق فمحل تعلق الحقّ هو المال؛ لأن الدين يقضى من المَالِ لا

(١) في ب: لحق.

من غيره، فيتعلق حق الغُرَمَاء بكل مَتْرُوك هو مال من العَيْن، والدين ودية المدْيُون وأرش الجنايات الواجبة له بالجناية عليه خطأ أو عمداً؛ لأن كلَّ ذلك مال، ولا يتعلَّق بالقصاص في النفس وما دونها حتى لا يصحّ عفوهم؛ لأنه ليس بمَالٍ.

ولو عفا بعض الورثة عن القِصَاص حتَّى انْقَلب نصيب الباقين مالاً يتعلق حقّ الغُرَماء به ويقضي منه ديونهم؛ لأنه بدل نفس المقْتُول فكان حقَّه، فيصرف إلى ديونه كَسَائر أمواله المتْروكة، وكذلك المدْيُون إذا كانت امْرَأة يتعلَّق حق الغرماء بمَهْرها ويقسم بينهم بالحصصِ؛ لأن المَهْر مال، والله أعلم.

وما عرف من أحْكَام الأقارير وتَفَاصِيلها في الصِّحَّة والمَرَض في إقرار الحر - فهو الحكم في إقرار العَبْد المأْذُون؛ لأنه يملك الإقْرَار بالدَّين والعين؛ لكونه من ضَرُورات التِّجارة على ما بينَّا في كتاب المأْذُون، فكان هو في حُكْم الإقرار والحر سواء؛ ولو تصرّف المأْذُون في مرضه، جازت محاباته من جَمِيع المال، ومحاباة الحر المريض لا تَجُوز إلا من الثلث.

ووجه الفَرْق: أن انحجار الحر عن المَحَاباة لتعلق حق الوَرَثة، والعبد لا وارث له، وحكم تصرفه يقع لمولاه، فأشبه الوَكِيل بالبيع إذا بَاعَ في مَرَض موته وحابى - أنه تجوز مُحَابَاته مِنْ جميع المال، كذا هذا.

ولو كان على العَبْد دين وفي يده وفاء بالدَّين، أخذ الغرماء ديونهم وجَازَت المحاباة فيما بقي من المَالِ، وإن كان الدين محيطاً بما في يَدِه يقال للمشتري: إن شئت فأدِّ جميع المحاباة وإلا فاردد المبيع، كالحر المريض إذا حابى وعليه دين. والله سبحانه وتعالى أعلم.

فصل في إقرار المريض باستيفاء دين وجب له

وأما إقرار المريض باستيفاء دَيْن وجب له على غيره، فلا يخلو من أحد وجهين: إما إن أقر باستيفاء دين وجبَ له على وارث.

وإما إن أقر باستيفاء دَيْن وجب له على أجنبي، فإن أقر باستيفاء دين وَجَب له على أجْنَبي، فإما إن أقر باستيفاء دَيْن وجب له في حالة الصِّحَّة، وإما إن أقر باستيفاء دين وَجَب له في حالة المرض، فإن أقر باستيفاء دَيْن وجب له في حالة الصِّحة يصحُّ ويصدق في إقراره بالاستيفاء، حتى يبرأ الغريم عن الدين، سواء كَانَ الدَّين الوَاجِب في حالة الصِّحة بدلاً عما ليس بمال؛ نحو أرْش جناية أو بدل صُلْح عن عمد، أو كان بدلاً عما هو مال؛ نحو بدل قرض أو ثمن مبيع، وسواء لم يكن عليه دين الصِّحة أو كان عليه دين الصحة.

أما إذا وجب بدلاً عما هو مَالٍ؛ فلأن المريض بهذا الإقرار لم يبطل حق الغرماء؛ لأن

المديون استحق البراءة عن الدَّين بالإقرار باستيفاء الدَّين حالة الصحة، كما استحقَّها بإيفاء الدين بالتَّخلية بين المَالِ وبين صَاحِب الدين، والعارض هو المَرَضِ، وأثره في حجر المَرِيض عما كان له لا في حجره عما كان حقاً مستحقاً عليه؛ كالعبد المَأْذُون إذا أقر بعد الحجر باسْتِيفاء دَيْن ثبت له في حَالة الإذْن ـ أنه يصح إقراره لما قلنا، كذا هذا بل أولى؛ لأن حجر العبد أقوى؛ لأنه يصير محجوراً عن البيع والشراء، والمريض لا يصير محجوراً عن البيع والشراء، ثم أثر الحجر هناك ظهر فيما له لا فيما عليه، فههنا أولى.

وأما إذا وجب بدلاً عما ليس بمال؛ فلأن بالمَرَضِ لم يتعلّق حق للغرماء بالمبدل وهو النفس؛ لأنه ليس بمال فلا يتعلّق بالبدل، وإذا لم يتعلق حقهم به فلا يكون الإقرار باسْتِيفاء الدين إبطالاً لحق الغُرماء، فيصحُّ ويبرأ الغريم.

وكذلك إذا أقر المولى باستِيفَاء بدل الكِتَابة الوَاقِعة في حالة الصِّحة ـ يصدق ويبرأ المكاتب لما قلنا.

هذا إذا أقرَّ باستيفاء دين وَجَب له في حالة الصِّحة، فأما إذا أقر باستيفاء دين وَجَبَ له في حالة المرض؛ فإن وجب بدلاً عما هو مال لم يصحَّ إقراره، ولا يصدق في حق غرماء الصحة، ويجعل ذلك منه إقراراً بالدين؛ لأنه لما مرض فقد تعلَّق حق الغرماء بالمبدل؛ لأنه مالٌ فكان البيع والقَرْض إبطالاً لحقهم عن المبدل، إلا أن يصل البدل إليهم فيكون بدلاً[1] معنى؛ لقيام البدل مقامه لما أقر بالاستيفاء؛ فلا وُصُول للبدل إليهم، فلم يصحَّ إقراره بالاستيفاء في حقِّهم، فبقي إقراراً بالدين؛ لأن الإقرار بالاستيفاء إقرار بالدَّين؛ لأن كل من استرقى دينا من غيره يصير المسْتَوفى دينا في ذمة المستوفي ثم تقع المقاصة، فكان الإقرار بالاستيفاء إقراراً بالدَّين، وإقرار المَرِيض بالدين وعليه دَيْن الصِّحة لا يصحُّ في حقّ غُرَمَاء الصحة.

وكذلك لو أتْلَف رجل على المَرِيض شيئاً في مرضه، فأقر المَرِيض بقبض القيمة منه ـ لم يصدق في ذلِك إذا كان عليه دين الصِّحَّة؛ لأنَّ الحقَّ كان متعلّقاً بالمبدل حَالَة المَرَضِ فيتعلق بالبَدَل.

ولو أتلف في حالة الصِّحة فأقر في حَالةِ المرض صحَّ؛ لأن الإقرار بقبض دين الصِّحة في حالة المرض صحيحٌ، وإن كان بدلاً عما هو بالمال لما بينا، وإن وجب بدلاً عما ليس بمال يصحُّ إقراره؛ لأنه بالمرض لم يتعلّق حق غُرماء الصِّحة بالمبدل؛ لأنه لا يحتمل التعلُّق

---

(١) في ب: إبطالاً.

لأنه ليس بمالٍ؛ فلا يتعلق بالبدل، فصَارَ الإقرار باسْتِيفائه والإقرار باستيفاء دين وَجَب له في حال الصحة - سواء، وذلك صحيح، كذا هذا.

وكذلك لو أقرَّ رجل للمريض أنه قتل عبداً [له][1] في مرضه خطأ، أو قطع يد العبد، أو قامت البينَةُ على ذلك فلزمه نصف القِيمَة، فأقر المَرِيض بالاستيفاء - فهو مصدق؛ لأن الواجب بقتل العَبْد بدل النفس عندنا لا بدلَ المَالِ؛ بدليل أنه يجب مقدراً كأرْشِ الأحرار، حتى لو قطع يد عبد قِيمَتُه ثلاثون ألف درهم، فعليه عشرة آلاف درهم إلا أحد عشر درهماً عند أبي يوسف - رحمه الله -: فينقص عشرة عن عشرة آلاف لئلا يبلغ دية الحر، وينقص الدرهم الحادي عشر لئلا تبلغ بَدَل يده بَدَل نفسه.

وعند محمد - رحمه الله - يجب بقطع يد هذا العبد خمسة آلاف إلا عشرة دراهم - دل أن أرش يد العَبْد وجب مقدراً، فكان بدلاً عما ليس بمال كأرش الحر، فلا يتعلق به حقّ الغرماء، فلا يكون الإقرار بالاستيفاء إبطالاً لحقِّهم، وكذلك لو كان الجَانِي قتل العبد متعمداً، فصالحه المريض على مالٍ ثم أقر أنه استوفى بدل الصُّلح جاز وكان مصدقاً؛ لأن بدل الصلح بدل عما ليس بمال، والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب.

فصل فيما لو أقر باستيفاء دين وجب له

وإن أقر باستيفاء دين وَجَبَ له على وَارِثٍ لا يصحُّ، سواء وجب بدلاً عما هو مال أو بدلاً عما ليس بمال؛ لأنه إقرار بالدين؛ لما بينا أن استيفاء الدين بطريق المقاصة، وهو أن يصير المستوفى ديناً في ذمة المستوفي، فكان إقْراره بالاستيفاء إقراراً بالدين، وإقرار المَرِيض لوارثه باطل، وعلى هذا إذا تزوج امرأةً فأقرَّت في مرض موتها أنها استوفت مَهْرها من زَوْجِها، ولا يعلم ذلك إلا بقولها وعليها دين الصِّحة، ثم ماتت قبل أن يطلقها زوجها. ولا مال لها غير المهر - لا يصحُّ إقرارها، ويؤمر الزَّوج برد المهر إلى الغرماء، فيكون بين الغُرْماء بالحصص؛ لأن الزوج وارثها، وإقرار المريض بدين وَجَبَ له على وارثه - لا يصح وإن وجب بدلاً عما ليس بمال؛ لما بينا أن ذلك إقرار بالدين للوارث وأنه باطل.

ولو أقرَّت في مرضها أنها استوفت المَهْر من زَوْجها، ثم طلقها الزوج قبل الدُّخول بها - يصح إقرارها؛ لأن الزوج بالطَّلاق قبل الدخول خرج من أن يكون وارثاً لها، فلم يكن إقرارها باستيفاء المَهْر منه إقراراً بالدين للوارث فصحَّ، وليس للزَّوج أن يضارب الغُرَمَاء بنصف المَهْر فيقول: إنها أقرت باستيفاء جميع المهر مني، وهي لا تستحق بالطَّلاق قبل الدُّخول إلا

---

(١) سقط في ط.

نصف المهر، فصار نصف المهر ديناً لي عليها، فأنا أضرب مع غُرَمَائها؛ لأن إقرارها بالاستيفاء إنما يصح في حقِّ براءة الزَّوج عن المهر لا في حقِّ إثبات الشركة في مالها مع غرمائها؛ لأن ديونهم دُيون الصِّحة، وإقرارها للزوج في حالة المرض فلا يصحُّ في حقهم.

ولو كان الزَّوج دخل بها فأقرَّت باستيفاء المهر، ثم طلقها طلاقاً بائناً أو رجعيًا، ثم ماتت بعد انقضاء العدة ـ فكذلك الجواب؛ لأن الزوج عند الموت ليس بوارثٍ، ولو ماتت قبل انْقِضَاء العدة لا يصحُّ إقرارها.

أما في الطلاق الرَّجعي، فلأن الزوجية باقية والوراثة قائمة، وأما في البائن فلأن العدَّة باقية وكانت ممنوعة من هذا الإقرار؛ لقيام النكاح في حالة العدة فكان النكاح قائماً من وجه، فلا يزول المَنْع ما دام المَانِع قائماً من وجه؛ ولهذا لا تقبل شهادة المعتدَّة لزوجها، وإن كان الطلاقُ بائناً وإذا لم يصح إقْرَارها وعليها دُيُون الصِّحة ـ فيستوفي أصحاب ديون الصِّحة ديونهم، فإن فضل من مالها شيء ينظر إلى المهر وإلى ميراثه منها، فيسلم له الأقل منهما، ومشايخنا يقولون: إن هذا الجواب عل قول أبي حنيفة ـ رضي الله عنه ـ.

وأما على قولهما، يجب أن يكون إقرارها باسْتِيفَاء المهر من الزَّوج صحيحاً في حقِّ التَّقديم على الوَرَثة في جميع ما أقرت، وأصل المسألة في كتاب الطَّلاق في المَرِيض يطلق امرأته بسؤالها، ثم يقر لها بمال ـ أنه يصح إقراره عندهما؛ لأنها أجنبية لا ميراث لها منه، وأبو حنيفة ـ رضي الله عنه ـ يقول: لها الأقل من نصيبها من المِيرَاث ومما أقر لها به، فهما يعتبران ظاهر كونها أجنبية، وأبو حنيفة ـ رحمه الله ـ يقول: يحتمل أنهما تواضعا على ذلك ليقرّ لها بأكْثر من نصيبها، فكان متهماً فيما زاد على مِيرَاثها في حق سَائر الورثة، فلم يصح فهذا كذلك، والعبد المأذون في حَالةِ المَرضِ في الإقرار باستيفاء دين الصِّحة والمرض كالحر؛ لأنه يملك الإقرار باستيفاء الدَّين وقبضه كالحر، فكل ما صحَّ من الحر يصح منه، وما لا فلا، والله تعالى أعلم.

فصل في إقرار المريض بالإبراء

وأما إقرار المريض بالإبراء؛ بأن أقرَّ المريض أنه كان أبرأ فلاناً من الدين الذي عليه في صحَّته ـ لا يجوز؛ لأنه لا يمْلكِ إنشاء الإبراء للحال، فلا يملك الإقرار به، بخلاف الإقرار باستيفاء الدين؛ لأنه إقرار بقبض الدَّين، وأنه يملك إنشاء القبض فيملك الإخبار عنه بالإقرار، والله تعالى أعلم.

فصل في الإقرار بالنسب

وأما الإقرار بالنَّسب فهو الإقرار بالوارث وهو نوعان: أحدهما إقْرار الرَّجل بوارث،

والثاني: إقرار الوارث بوارثه، ويتعلق بكل واحدٍ منهما حكمان: حكم النسب، وحكم الميراث. أما الإقرار بوارث فلصحَّته في حق ثبات النَّسب شَرَائط: منها أن يكون المقر به محتمل الثبوت؛ لأن الإقرار إخبار عن كائن، فإذا استحال كونه فالإخبار عن كائن [ولا كائن][1] يكون كذباً محضاً.

وبيانه: أن من أقرَّ بغلام أنه ابنه، ومثله لا يلد مثله ـ لا يصحُّ إقراره؛ لأنه يستحيل أن يكون ابناً له، فكان كذباً في إقراره بيقين.

ومنها ألاَّ يكون المقرّ بنسبه معروف النَّسب من غيره؛ فإن كان لم يصح؛ لأنه إذا ثبت نسبه من غيره لا يحتمل ثبوته له بعده.

ومنها تصديق المقرّ بنسبه إذا كان في يَدِ نفسه؛ لأن إقراره يتضمن إبطال يده، فلا تبطل إلا برضاه، ولا يشْترط صحَّةَ المقر لصحة إقراره بالنَّسب حتى يصح من الصَّحيح والمريض جميعاً؛ لأن المرض ليس بمَانِع لعينه، بل لتعلق حق الغير أو التهمة فكل ذلك منْعَدم، أما التعلُّق فظاهر العدم؛ لأنه لا يعرف التعلّق في مجهول النَّسَب، وكذلك معنى التهمة؛ لأن الإرث ليس من لَوَازم النسب؛ فإن لحرمان الإرث أسباباً لا تقدح في النَّسب، من القتل والرق واختلاف الدين والدار، والله سبحانه وتعالى أعلم.

ومنها أن يكون فيه حمل النَّسب على الغير، سواء كذبه المقر بنسبه أو صَدَّقه؛ لأن إقرار الإنسان حجّة على نَفْسه لا على غيره، لأنه على غيره شهادة أو دعْوى، والدعوى المفردة لَيْسَت بحجَّة، وشهادة الفرد فيما يطلع عليه الرِّجال ـ وهو من باب حقوق العباد ـ غير مقبولة، والإقرار الذي فِيهِ حمل نسب الغَيْر على غيره إقرار على غيره لا على نَفْسِه، فكان دَعْوَى أو شهادة، وكل ذلك لا يقبل إلا بحجة.

وعلى هذا يجوز إقرار الرَّجل بخمسة نفر: الوالدين والولد والزوجة والمولى، ويجوز إقرار المرأة بأربعة نفر: الوالدين والزوج والمولى، ولا يجوز بالولد؛ لأنه ليس في الإقرار بهؤلاء [إقرار بالولاء ولا][2] حمل نَسَب الغير على غيره.

أما الإقرار بالولاء فظاهر؛ لأنه ليس فيه حَمْل نسب إلى أحد، وكذلك الإقرار بالزوجية ليس فيه حمل نَسَب الغير على غيره، لكن لا بد من التَّصديق لما ذكرنا، ثم إن وجد التَّصديق في حال حياة المقر، جاز بلا خلاف، وإن وجد بعد وَفَاته؛ فإن كان الإقرار من الزَّوج يصحُّ تصديق المرأة؛ سواء صدقته في حال حياته أو بعد وفاته بالإجماع؛ بأن أقرَّ الرَّجل بالزوجية

---

(١) سقط في ط.

(٢) سقط في ط.

فمات ثم صدّقته المرأة؛ لأن النِّكاح يبقى بعد المَوْت من وجهٍ لبقاء بعض أحْكامه في العدة، فكان محتملاً للتَّصْدِيق.

وإن كان الإقرار بالزَّوجية من المرأة فصدقها الزَّوج بعد موتها ـ لا يصحُّ عند أبي حنيفة، وعند أبي يوسف ومحمد: يصحُّ.

وجه قولهما: ما ذكرنا أنّ النِّكاح يبقى بعد المَوْت من وجهٍ، فيجوز التَّصديق كما إذا أقر الزَّوج بالزوجية، وصدَّقته المرأة بعد موته.

وجه قول أبي حنيفة ـ رحمه الله ـ: أن النِّكاح للحال عدم حَقِيقة، فلا يكون محلاً للتَّصديق، إلا أنه أعطى له حكم البَقَاء؛ لاستيفاء أحكام كانت ثابتة قبل الموت، والميراث حكم لا يثْبُت إلا بعد الموت، فكان زائلاً في حقِّ هذا الحكم فلا يحتمل التَّصديق، والله سبحانه وتعالى أعلم.

وأما الإقرار بالولد فلأنه ليس فيه حمل نَسَب غيره على غيره، بل على نفسه، فيكون إقراراً على نفسه لا على غيره فيقبل، لكن لا بد من التَّصديق إذا كان في يد نفسه لما قلنا، وسواء وجده في حال حَيَاته أو بعد وفاته؛ لأن النسب لا يبطل بالمَوْت، فيجوز التَّصديق في الحالين جميعاً.

وكذلك الإقرار بالوالدين ليس فيه حَمْل نسب غيره على غيره؛ فيكون إقراراً على نفسه لا على غيره فيقبل، وكذلك إقرار المرأة بهؤلاء لما ذكرنا إلا الولد؛ لأن فيه حمل نسب غيره على غيره، وهو نَسَب الولد على الزَّوج فلا يقبل، إلا إذا صدقها الزوج، أو تَشْهَد امرأة على الوِلاَدَة بخلاف الرَّجل؛ لأن فيه حمل نسب الولد على نفسه، ولا يجوز الإقرار بغير هؤلاء من العَمِّ والأخ؛ لأنه فيه حمل نسب غيره على غيره وهو الأب والجد.

وكذلك الإقرار بوارث في حقِّ حكم الميراث، يشْتَرط له ما يشْتَرط للإقرار به في حق ثبات النَّسَب، وهو ما ذكرنا إلا شرط حمل النَّسب على الغير، فإن الإقرار بنسب يحمله المقر على غيره لا يصح في حقِّ ثَبَات النَّسب أصلاً، ويصح في حق الميراث لكن بشرط ألاَّ يكون له وارث أصلاً ويكون ميراثه له؛ لأن تصرف العاقل واجب التَّصحيح ما أمكن، فإن لم يمكن [تصحيحه][1] في حق ثَبَات النسب لفقد شرط الصِّحة ـ أمكن في حق الميراث، وإن كان ثمة وارث، قريباً كان أو بعيداً ـ لا يصحّ إقراره أصلاً ولا شيء له في الميراث بأن أقر بأخ وله عمة أو خالة، فميراثه لعمته أو لخالته، ولا شيء للمقر له؛ لأنهما وارثان بيَقِين، فكان حقهما ثابتاً بيقين، فلا يجوز إبطاله بالصَّرف إلى غيرهما.

---

(١) سقط في ط.

وكذلك إذا أقر بأخ أو ابن ابن، وله مولى الموالاة، ثم مات ـ فالميراث للمولى ولا شيء للمقرّ له؛ لأن الوَلاَء من أسْبَاب الإرث، ولا يكون إقراره بذلك رجوعاً عن عقد الموالاة؛ لانعدام الرُّجوع حقيقة فبقي العقد، وأنه يمنع صحَّة الإقرار بالمذكور، وكذلك لو كان مولى الموالاة هو مَوْلى العتاقة من طريق الأولى؛ لأنه عصبته.

ولو لم يكن له وَارِث، ولكنه أوصى بجميع ماله لرجل ـ فالثلث للموصى له والباقي للأخ المقرّ به؛ لأنه وَارِث في زعمه وظنه، ولو كان مع الموصى له بالمَالِ مولى الموالاة أيضاً ـ فللموصى له الثّلث والباقي للمولى ولا شيء للمقر له؛ لأن الموالاة لا تمنع صحَّة الوصية، لكنها تمنع صحَّة الإقرار بالمذْكُور لما بينا. وكذلك لو كان مكان مولى الموالاة مولى العتاقة؛ لأن مولى العتاقة آخر العَصَبات مقدم على ذَوِي الأرحام، ومولى الموالاة آخر الوَرَثَة مؤخّر عن ذوي الأرحام، فأضعف الولاءين لما منع صحَّة الإقرار بالمذكور فأقْوَاهما أولى.

ولو أقرَّ بأخ في مرض الموت[1] وصدقه المقرّ له، ثم أنكر المريض بعد ذلك وقال: ليس بيني وبينك قَرَابة ـ بطل إقراره في حقِّ الميراث أيضاً، حتى أنه لو أوصى بعد الإنكار بماله لإنسان، ثم مات ولا وارث له ـ فالمال كله للموصى له بجميع المال؛ لأن الإنكار منه رجُوع والرُّجوع عن مثل هذا الإقرار صحيح؛ لأنه يشبه الوصيَّة وإن لم يكن وصيَّة في الحَقِيقة، والرجوع عن الوصيَّة صحيح؛ ولو أنكر وليس هناك موصى له بالمالِ أصلاً، فالمال لبيت المال؛ لبطلان الإقرار أصلاً بالرُّجوع، والله تعالى أعلم.

وأما الإقرار بوارث فالكلام فيه في موضعين: أحدهما في حق ثَبَات النَّسب والثَّاني في حق الميراث، أما الأول فالأمر فيه لا يخلو من أحد وجهين: إما إن كان الوارث واحداً، وإما إن كان أكثر من واحدٍ؛ بأن مات رجل وترك ابناً فأقر بأخ هل يثبت نسبه من الميت؟ اخْتلف فيه:

قال أبو حنيفة ومحمد: لا يثبت النَّسب بإقرار وارث واحد، وقال أبو يوسف: يثبت وبه أخذ الكَرْخي ـ رحمه الله ـ، وإن كان أكثر من واحدٍ بأن كانا رجلين أو رجلاً وامرأتين فصاعداً ـ يثبت النَّسب بإقرارهم بالإجماع.

وجه قول أبي يوسف ـ رحمه الله ـ: أن إقرار [الوارث][2] الواحد مقبول في حقِّ الميراث، فيكون مقبولاً في حقِّ النَّسب كإقرار الجماعة.

وجه قول أبي حنيفة ومحمد ـ رضي الله عنهما ـ: أنَّ الإقرار بالأخوة إقرار على غيره؛ لما فيه من حمل نَسَب غيره على غيره فكان شهادة، وشهادة الفرد غير مقبولة، بخلاف ما إذا كانا اثنين فصاعداً؛ لأن شهادة رجلين أو رجل وامرأتين في النسب مقْبُولة.

---

(١) في ب: موته.

(٢) سقط في ط.

وأما في حَقِّ الميراث فإقرار الوَارِث الواحد بوارث، يصح ويصدق في حق الميراث؛ بأن أقرَّ الابن المعْرُوف بأخ، وحكمه أن يشاركه فيما في يده من الميراث؛ لأنَّ الإقرارَ بالأخوة إقرار بشيئين: النَّسب واستحقاق المال، والإقرار بالنَّسب إقرار على غيره، وذلك غير مقبول؛ لأنه دعوى في الحَقِيقة أو شهادة، والإقرار باستحقاق المال إقرار على نفسه، وأنه مقبول، ومثل هذا جائز أن يكون الإقرار الوَاحِد مقبولاً بجهة غير مقبول بجهة أخرى، كمن اشترى عبداً ثم أقرَّ إن البائع كان أعْتَقه قبل البيع - يقبل إقراره في حق العِتْق، ولا يقبل في حق ولاية الرجوع بالثمن على البَائِع، فعلى ذلك ههنا جاز أن يقبلَ الإقرار بِوَارِث في حق الميراث، ولا يقبل في حقِّ ثَبَات النَّسَب.

ولو أقر الابن المعروف بأختٍ، أخذت ثلث ما في يده؛ لأن إقراره قد صحَّ في حق الميراث، ولها مع الأخ ثلث الميراث.

ولو أقر بامرأة أنها زوجة أبيه، فلها ثمن ما في يده، ولو أقر بجدة هي ام الميت، فلها سدس ما في يده، والأصل أن المقر فيما في يده يعامل معاملة ما لو ثبت النَّسب، ولو أقر ابن الميت بابن ابن الميت وصدقه، ولكن أنكر أن يكون المقر ابنه - فالقول قول المقر، والمال بينهما نصفان استحساناً، والقياس أن يكون القَوْل قول المقر له، والمال كله له ما لم تقم البينة على النَّسب.

وجه القياس: أنهما تَصادقا على إثْبَات وراثَة المقر له، واختلفا في وراثة المقر، فيثبت المتَّفق عليه، ويقف المخْتَلف فيه على قيام الدَّليل.

وجه الاستِحْسان: أن المقر له إنما استفاد الميراث من جِهَة المقرّ، فلو بطل إقراره لبطلت وراثته، وفي بطلان وراثته بُطْلاَن وراثة المقر له، وكذلك لو أقر بابنة للميت وصدقته، لكنها أنكرت أن يكون المقر ابنه - فالقَوْل قَوْل المقر استحساناً لما قلنا.

ولو أقرت امرأة بأخ للزوج الميت، وصدقها الأخ ولكنه أنكر أن تكون هي امرأة الميت - فالقول قول المقر له عند أبي حنيفة ومحمد وزفر - رحمهم الله تعالى - وهو القياس، وعلى المرأة إثبات الزوجية بالبينة، وعند أبي يوسف - رحمه الله -: القول قول المرأة والمَال بينهما على قدر مَوَاريثهما.

ولو أقرَّ زوج المرأة الميتة بأخ لها وصدقه الأخُ، لكنه أنكر أن يكون هو زوجها - فهو على الاختلاف.

وجه قول أبي يوسف: قياس هذه المسألة على المسألة الأولى بالمعنى الجَامِع الذي ذكرناه في المسألة الأولى، ولأبي حنيفة - رحمه الله -: الفرق بين المسألتين.

ووجهه: أن النكاح ينْقَطع بالموت، والإقرار بسبب منقطع لا يسمع إلا ببينة بخلاف

النسب، ولو ترك ابنين فأقر أحدهما بأخ ثالث، فإن صدقه الأخ المعروف في ذلك شاركهما في المِيرَاث، كما إذا أقرا جميعاً لما بينا، وإن كذبه فيه فإنه يقسم المَالَ بين الأخوين المعروفين أولاً نصفين، فيدفع النِّصف إلى الأخ المنكر، وأما النصف الآخر فيقسم بين الأخ المقر وبين المقر له نِصْفَين عند عامة العلماء، وعند ابن أبي ليلى: أثلاثاً، ثلثاه للمقر وثلثه للمقر له.

وجه قول ابن أبي ليلى: أن مِنْ زَعْم المقر أن المال بين الإخوة الثلاثة أثلاث، وأن ثلث المقر له نصفه في يده ونصفه في يد أخيه المنكر على الشُّيوع، إلا أن إقراره على أخيه لا ينفذ فيما في يد أخيه، فينفذ فيما في يده فيعطيه ثلث ذلك. ولنا[1]: أن من زعم المقر أن حق المقر بنَسَبه في الميراث [مثل][2] حقه، وأن المنكر فيما يأخذ من الزيادة وهو النِّصف التامّ ظالم، فيجعل ما في يَدِه بمنزلة الهالك، فيكون النِّصف الباقي بينهما بالسَّوية لكل واحد منهما رُبْع المال.

ولو أقرَّ أحدهما بأخْت، فإن صدقه الآخر ـ فالأمر ظاهر، وإن كذبه فيقسم المال أولاً نصفين بين الأخوين، النصف للأخ المنكر، ثم يقسم النصف الباقي بين الأخ المقر وأخته، للذكر مثل حظ الأنثيين.

ولو أقر أحدهما لامرأة أنها زوجة أبينا؛ فإن صدقه الآخر فالأمر واضح، للمرأة الثمن والباقي بينهما لكل واحدٍ منهما سبعة، لا يستقيم عليها فنصحّح المَسْألة فتضرب سَهْمين في ثمانية فتصير سِتّةَ عشر لها ثمنها، والباقي بينهما لكل واحدٍ منهما سبعة، وإن كذبه فلها تسع ما في يده عند عامة العلماء ـ رضي الله عنهم ـ، وعند ابن أبي ليلى ـ رحمه الله ـ: لها ثمن ما في يده.

وجه قوله في أن زعم المقر أن للمَرْأة ثَمَن ما في يدي الأخوين، إلا أن إقراره صحّ فيما في يد نفسه ولم يصحّ في حق صَاحِبه، وإذا صحَّ في حق نفسه يعطيها ثَمَن ما في يده.

وجه قول العامة: أن في زعم المقر أن ثمن التَّركة لها، وسبعة أثمانها لهما بينهما على السوية، أصل المسألة وقسمتها ما ذكرنا، إلا أن الأخ المنكر فيما يأخذ من الزِّيادة ظالم، فيجعل ما في يده كالهالك، ويقسم النِّصف الذي في يَدِ المقر بينه وبينها على قَدْر حقهما ويجعل ما يحصل للمقر، وذلك سَبْعة على تسعة أسهم، سَهْمان من ذلك لها وسبعة أسهم له؛ وإذا جعل هذا النِّصف على تِسْعَة، صار كل المال على ثمانية عشر؛ تسعة منها للأخ المنكر، وسهمان للمرأة، وسبعة أسهم للأخ المقر، هذا إذا أقر الوارث بوارث واحدٍ، فأما إذا أقر

(١) في ب: كما.
(٢) سقط في ط.

بوارث بعد وَارِث؛ بأن أقر بوارث ثم أقر بوارِث آخر ـ فالأصل في هذا الإقرار أنه إن صدق المقر بوراثة الأول في إقراره بالوراثة للثاني ـ فالمال بينهم على فرائض الله تعالى، وإن كذبه فيه، فإن كان المقرّ دَفَع نَصِيب الأول إليه بقضاء القاضي، لا يضْمَن، ويجعل ذلك كالهالك، ويقسمان على ما في يد المقرّ على قدر حقهما، وإن كان الدفع بغير قَضَاء القاضي يضْمَن، ويجعل المدفوع كالقائم في يَدِه، فيعطى الثاني حقه من كل المالِ بيان هذه الجملة فيمن هَلَكَ وترك ابْناً، فأقر بأخٍ له من أبيه وأمه ـ فإنه يدفع إليه نِصْفَ الميراث، لما ذكرنا أن إقراره بالأخوة صحيحٌ في حق الميراث، فإن أقر بأخ آخر فهذا على وجهين: إما إن أقر به بعد ما دَفَع إلى الأول، وإما إن أقر [به][1] قبل أن يدفع إلى الأول نصيبه؛ فإن أقر به بعد مَا دَفَع إلى الأول نَصِيبه، فإن كان الدفع بقضاء القَاضِي فللثاني رُبْع المال ويَبْقَى في يد المقر الربع؛ لأن الرُّبع في القَضَاء في حكم الهالك؛ لكونه مجبوراً في الدَّفع، فيكون الباقي بينهما نصفان؛ لأن في زعم المقر أن الثَّاني يساويه في استِحْقاق الميراث، فيكون لكل واحدٍ منهما نصف النِّصف وهو ربع الكُلِّ.

وكذلك إذا كان لم يَدْفع إلى الأول شيئاً؛ لأن نصف المال صار مستحق الصَّرف إليه، والمستحق كالمصروف.

وإن كان دفع إليه بغير قَضَاء القاضي أعطى الثَّاني ثلث جميع المَالِ: لما ذكرنا أن الدَّفع بغير قضاء مضمون عليه، والمضْمُون كالقائم فيدفع ثلث جميع المَالِ إليه ويبقى في يده السدس[2]، فإن دفع ثُلُث المال إلى الثَّاني بغير[3] قَضَاء القَاضِي ثم أقر بأخٍ ثالث وكذَّبه الثالث في الإقْرار بالأولين ـ أخذ الثالث من الابن المعْرُوف ربعِ جميع المال؛ لأن كل المال قائم معنًى؛ لأن الدفع بغير القضاء مضْمُون على الدَّافع فيأخذ السُّدس الذي في يد المقرّ ونصف سدس آخر؛ لأن الدَّفع إلى الأولين من غير قَضَاء القَاضِي لم يصحَّ في حق الثَّالث، فيضْمن له قدر نصف سدس، فيدفعه مع السدس الذي في يده إليه.

وعلى هذا إذا ترك ابنين فأقرّ أحدهما بأخ ثم أقر بأخ آخر؛ فإن صدقه الابن المعروف اشْتَركُوا في المِيرَاث وإن كذبه؛ فإن صدقه المقر بوراثته الأول، فنصف المَالِ بينهم **أثلاث**؛ لأن إقراره بالورَاثة في حقِّه، وفي حق المقر بوراثته، الأول صحيحٌ لكنه لم يصحَّ في حق الابن المعروف، وكان النِّصف للابن المعروف، والنصف الباقي بينهم أثلاثاً، وإن كذبه فإن كان المقر دفع نصف مَا فِي يده وهو رُبْع جميع المال إليه بقَضَاء القَاضِي ـ كان الباقي بينه وبين

---

(١) سقط في ط.
(٢) في ط: الثلث.
(٣) في ط: بعد.

الثاني نِصْفَيْن؛ لأن الدفع بقَضَاء القاضي في حكم الهَالِك، فكان الباقي بينهما نِصْفَين لكل واحدٍ ثمن المال وإن كان دفع إليه بغير قَضَاء القَاضِي، فإن كان المقر يعطي الثاني مما في يده وهو رُبْع المال سدس جميع المال؛ لأن الدفع بغير قَضَاء مضْمُون على الدَّافع، فيكون ذلك الرُّبع كالقائم.

ولو أقر أحدهما بأخت ودفع إليها نصيبَها، ثم أقر بأخت أخرى وكذبه الأخ؛ فإن صدقته الأخت الأولى، فنصف المال للأخ المنكر، والنصف بين الأخ المقر وبين الأُختين للذكر مثل حظ الانثيين؛ وإن كذبته فإن كان دفع إليها نصيبها وهو ثلث النِّصف، وذلك سدس الكل بقَضَاء، فالباقي بين المقر وبين الأخت الأخرى للذكر مثل حظ الانثيين، لما مر أن المدفوع بقضاء[1] في حكم الهَالِك، فلا يَكون مضْمُوناً على الدَّافع.

وإن كان الدَّفع بغير قضاء، فإن المقر يعطي للأخت الأخرى مما في يده نِصْف ربع جميع المال؛ لأن الدَّفع بغير القَضَاء إتلاف، فصار كأنه قائم في يده وقد أقر بأختين، ولو كان كذلك يكون لَهُمَا ربع جميع المَالِ لكل واحدةٍ الثمن، كذلك ههنا يعطي الأُخت الأُخْرى مما في يَدِه نصف رُبع جميع المال، والله سبحانه وتعالى أعلم.

ولو أقر أحدهما بامرأة لأبيه، ثم أقر بأخرى؛ فإن أقر بهما معاً - فذلك التسعان لهما جميعاً، وهذا ظاهر، لأن فرض الزَّوجات لا يختلف بالقلَّة والكثرة، وإن أقر بالأولى ودفع إليها ثم بالأخرى؛ فإن صدقته الأولى فكذلك الجواب، وإن كذبته فالنصف للأخ المنْكر وتسعان للأولى، فبقي هناك الابن المعْرُوف والمرأة الأخرى فينظر إن كان دفع التِّسعين إلى الأولى بالقَضَاء - يجعل ذلك كالهالك، ويجعل كأن لم يكن له مَال سوى البَاقي وهو سبعة أسهم، فيكون ذلك بين الابن المقرّ وبين المرأة الأخرى على ثَمَانِية أسهم، ثمن من ذلك للمرأة وسبعة للابن المقر، وإن كان دفع إليها بغير قَضَاء يعطي من التسعة[2] التّي هي عنده سهماً للمرأة الأخرى، وهو سبع نصف جميع المال؛ لأن المدفوع كالقَائِم عنده. ولو كان نِصْف المال عنده قائماً يعطي الأخرى التسع وذلك سهم؛ لأن المقر به ثمن المَال للمرأتين جميعاً، والثمن هو تسعان، تسع للأولى وتسع للأخرى، إلا أن الأولى ظلمت حيث أخذت زيادة سَهْم، وذلك الظُّلم حصل على الأخ المقرّ؛ لأنه هو الذي دَفَع بغير قَضَاء القَاضي، فيدفع التسع الثاني إلى الأخرى وهو سبع نصف المال، والباقي للابن وهو ستَّة أسهم، والله سبحانه وتعالى أعلم.

ولو مات رَجُل وترك ابناً معروفاً وألف درهم في يده، فادَّعى رجل على الميت ألْفَ

(١) في ط: بغير قضاء.

(٢) في ب: السبعية.

درهم، فصدقه الابن، أو نكل عن اليَمِين فدفع إلى الغريم ذَلِك، ثم ادَّعى رجل آخر على الميت ألْفَ درهم فصدَّقه الابن أو نكل عن اليمين؛ فإن كان دفع إلى الأول بَقَضَاء لم يضْمَن للثاني شيئاً؛ لأنه في الدفع مجْبُور، فكان في حكم الهَالِك، وإن كان بغير قَضَاء يضمن للثَّاني نصف المال؛ لأنه مختار في الدَّفع، فكان إتلافاً فيضْمن، كما إذا أقرَّ لهما ثم دفع إلى أحدهما.

ولو مات وترك ألْف درهم، فأقرَّ بأخ ثم رجع وقال: لست بأخ لي وإنما أخي هذا الرجل الآخر، وصدّقه الآخر بذلك وكذبه في الإقرار الأول، فإن كان دفع النِّصف إلى الأول بقَضَاء يشاركه الثَّاني فيما في يده؛ فيقتسمان نِصْفَين لما بيّنا أن الدفع بَقَضاء في حكم الهالك، وإن كان بغير قضاءٍ يدفع جميع ما في يده وهو نِصْفُ المال إلى الآخر لما بينا.

ولو مات وترك ابناً وألف درهم، فادَّعى رجل على الميت ألف درهم، فصدّقه الوارث ودفع إليه بَقَضاء أو بغير قضاء، وادَّعى رجل آخر على الميِّت ديناً ألف درهم، وكذبه الوَارِث وصدقه الغَرِيم الأول، وأنكر للغَريم الثاني دين الغريم الأول ـ لم يلتفت إلى إنكاره ويقْتَسمان الألف بينهما نِصْفَين؛ لأن استحقاق الغريم الثاني إنما يثْبُت بإقرار الغريم الأول وهو يصدقه، وهو ما أقر له إلا بالنصف؛ وكذلك لو أقر الغَرِيم الثاني لغريم ثالِث؛ فإن الغريم الثالث يأخُذ نصف ما في يده لم قلنا.

ولو مَاتَ وترك ألفاً في يد رجل، فقال الرَّجُل، أنا أخوه لأبيه وأمه، وأنت أخوه لأبيه وأمه، وأنكر المقرُّ به أن يكون المقر أخاً له ـ فالقول قول المقر استحساناً على ما بينا.

ولو قال المقر للمقر به: أنا وأنت أخَواه لأبيه وأمه، ولي عليه ألف درهم دين، وأنكر المقر به الدَّين فالمال بينهما نِصفان؛ لأن دعوى الدّين دعوى أمر عارض مانع من الإرث، فلا يثبت إلا بحجة.

ولو مات وترك ابناً وألف درهم، فادَّعى رجل على الميت ألْفَ درهم فصدقه الوارث بذلك، ودفع إليه، ثم ادَّعى رجل آخر أن الميت أوْصَى له بثلث ماله، أو ادَّعى أنه ابن الميت وصدقهما بذلك الابْنُ المعروف وكذباه فيما أقر ـ فإن كان دَفعَ بغير قَضَاء، فلا ضمان على الدَّافع؛ لأن الإرث والوصية مؤخَّران عن الدين، فإقراره لم يصحَّ في حق ثبات النَّسب، وإنما يصحُّ في حق المِيراث ولم يوحد الميراث.

ولو أقر لهما أول مرة ودفَع إليهما، ثم أقر للغَريم ـ كان للغريم أن يضْمَنه ما دفع إلى الأولين؛ لأن الدَّين مقدم فإذا دفع بغير قَضَاء فقد أتْلَف على الغَرِيم حقه، وإن كان الدَّفع بقضاء لا ضَمَان عليه لما بينا، ولو ثَبَت الوصيَّة أو الميراث بالبينة بقَضَاء أو بغير قَضَاء، ثم أقر

الغَرِيم بدينه ـ فلا ضمان عليه للغَرِيم فيما دفعه إلى الوَارِث والمؤصى له؛ لأنه لما قامت البينة على المِيرَاث أو الوصية فقد ظهر أنه وارث مَعْرُوف أو موصى له، فالإقرار بالدين لا يوجِبُ بُطْلاَن حقهما، ولو لم يكن دفع إليه لا يجُوز له أن يدفع إلى الغَرِيم، ويجبره القَاضِي على الدفع إلى الوَارِث والموصى له لما قلنا، والله سبحانه وتعالى أعلم.

فصل في بيان ما يبطل به الإقرار

وأما بيان ما يَبْطُل به الإقرار بعد وُجوده فنقول وبالله التوفيق:

الإقرار بعد وُجُوده يبطل بشيئين: أحدهما تكْذِيب المقر له في أحَدِ نوعي الإقرار، وهو الإقرار بحُقُوق العباد؛ لأن إقرار المقرّ دليل لُزُوم المقر به، وتكذيب المقر له دليل عدم اللّزوم، واللّزوم لم يَعْرف ثُبُوته، فلا يثْبُت مع الشَّك، والثاني: رجوع المقرّ عن إقراره فيما يحتمل الرُّجوع في أحَدِ نوعي الإقرار [وهو الإقرار][1] بحقوق الله تبارك وتعالى. خالصاً كحد الزنا؛ لأنه يحتمل أن يكون صادقاً في الإنكار، فيكون كاذباً في الإقرار ضرورة، فيورث شبهة في وجوب الحدّ، وسواء رجع قبل القَضَاء أو بعده، قبل تمام الجلد أو الرَّحم قبل الموت لما قلنا؛ وروي أن ماعزاً لما رَجَم بعض الحِجَارة هَرَب من أرض قليلة الحجارة إلى أرض كثيرة الحِجَارة، فلما بلغ ذلك إلى رسُول الله ﷺ قال ـ عليه الصلاة والسلام: **«هَلاَّ خَلَّيْتُمْ سَبِيلَهُ»**[2] ولهذا يستحبُّ للإمام تلقين المقر الرجوع بقوله: لعَلَكْ لمستها أو قبلتها، كما لقن ـ عليه السلام ـ ماعزاً وكما لقن السَّارق والسارقة بقوله ـ عليه الصلاة والسلام ـ: **«ما إخَالُهُ سَرَقَ أوْ أسرقت قولي لا»**[3] لَوْ لَمْ يكن محتملاً للرجوع لم يكن للتلقين معنى وفائدة، فكان التلقين منه عليه أفْضَل التحية والتَّسليم احتيالاً للدَّرء؛ لأنه أمرنا به بقوله عليه أفضل التحية: ادْرَؤوا الحدود بالشبهات[4] وقوله ـ عليه الصلاة والسلام ـ: **«أَدْرَؤوا الحُدُودَ مَا اَسْتَطَعْتُمْ»**[5] وكذلك

(١) سقط في ط.

(٢) تقدم في حديث رجم ماعز.

(٣) أبو داود [٢/ ٥٣٩] كتاب الحدود؛ باب: في التلقين. في الحد رقم: (٤٣٨٠)، النسائي [٨/ ٦٧] كتاب: قطع السارق؛ باب: التلقين السارق رقم (٤٨٧٧)، وابن ماجة [٢/ ٨٦٦] كتاب الحدود باب: تلقين السارق رقم: (٢٥٩٧) وأحمد في «المسند» [٥/ ٢٩٣]، والدارمي [٢/ ١٧٣] كتاب: الحدود، باب: المعترف بالسرقة. والبيهقي [٨/ ٢٧٦] كتاب السرقة، باب: ما جاء في الإقرار بالسرقة والرجوع عنه. وذكره الزيلعي في «نصب الراية» [٤/ ٧٦] كتاب: الشهادات.

(٤) تقدم.

(٥) تقدم.

الرُّجوع عن الإقرار بالسَّرقة والشرب؛ لأن الحدَّ الواجب بهما حق الله ـ سبحانه وتعالى خالصاً، فيصحُّ الرجوع عن الإقرار بهما، إلا أن في السرقة يصحُّ الرجوع في حق القَطْع لا في حق المال، لأن القَطْع حق الله تعالى عز شأنه على الخُلُوص، فيصحُّ الرجوع عنه، فأما المال فحق العَبْد، فلا يصحُّ الرجوع فيه، وأما حد القذف فلا يصحُّ الرُّجوع عن الإقرار فيه، لأن للعَبْد فيه حقاً فيكون متهماً في الرُّجوع، فلا يصحُّ كالرجوع عن سائرِ الحقوق المتمحضَة للعباد. وكذلك الرُّجوع عن الإقرار بالقِصَاص؛ لأن القِصَاص خالص حق العباد، فلا يحتمل الرُّجوع، والله تعالى أعلم بالصواب.

كتاب الجنايات[1]

الجِنَاية في الأصل نوعان: جناية على البَهَائم والجمادات، وجِنَاية على الآدمي. أما الجناية على البَهَائم والجمادات فنوعان أيضاً: غصب وإتلاف، وقد ذكرنا كل واحدٍ منهما في كتاب الغَصْب، وهذا الكتاب وضع لبيان حكم الجِنَاية على الآدمي خاصّة، فنقول وبالله تعالى التوفيق:

الجناية على الآدميّ في الأصْل أنواع ثلاثة: جناية على النّفس مطلقاً، وجناية على ما دون النفس مطلقاً، وجناية على النفس[2] من وجْه دون وجه.

أما الجناية على النَّفس مطلقاً فهي قتل المؤلُود، والكلام في القَتْل في مواضع: في بيان أنواع القَتْل، وفي بيان صفة كل نوع، وفي بيان حكم كل نوع منه.

أما الأول: فالقتل[3] أربعة أنواع: قَتْل هو عمد مَحْض ليس فيه شبهة العَدَم. وقتل عمد

---

(١) الجناية لغة: يقال: جَنَىٰ على قومه جِنَايةً: أَذْنَبَ ذَنْباً يُؤَاخَذُ به، وقد استعملها الفقهاء في الجرح والقطع. وهي عندهم يراد بها القصاص في النفوس والأطراف.
انظر: المصباح المنير ١/ ١٥٤، مختار الصحاح ١١٤
اصطلاحاً:
عرفها الحنفية بأنها: اسم لفعل محرم حلّ بالنفس، أو الأطراف.
عرفها الشافعية بأنها: كل فعل مُزْهق للروح، أو مُبِين للعضو.
عرفها المالكية بأنها: إتلاف مكلّف غير حربي نفس إنسان معصوم، أو عضوه، أو معنى قائماً به، أو جنبه عمداً أو خطأ بتحقيق، أو تهمة...
وقيل: هي فعل الجاني الموجب للقصاص.
عرفها الحنابلة بأنها: كل فعل عدوان على الأبدان، بما يوجب قصاصاً أو نحوه.
انظر: رد المختار ٥/ ٣٣٩، مغني المحتاج ٤/ ٢، شرح الخرشي ٨/ ٣، المبدع ٨/ ٢٤٠ كشاف القناع ٥/ ٥٠٣ مجمع الأنهر ٢/ ٦١٤ مواهب الجليل ٦/ ٢٧٦ حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٤/ ٣٤٢.

(٢) في ط: على ما هو نفس.

(٣) في معجم مقاييس اللغة: «القاف والتاء واللام أصل صحيح يدل على إذلال وإماتة».
ـ والقتل مصدر، يقال قتله بقتله قتلاً. وقتله إذا أماته بضرب أو حجر أو سم أو علة، أو غير ذلك. =

فيه شبهة العدم وهو المسمَّى بشبه العمد، وقتل هو خطأ محض لَيْس فيه شبهة العدم، وقتل هو في معنى القَتْل الخطأ.

أما الذي هو عَمْد[١] محض فهو أن يقصد القَتْل بحديد له حداً وطعن كالسيف والسكين والرّمح والإشفى[٢] والإبرة وما أشبه ذلك، أو ما يعمل عَمَل هذه الأشياء في الجرح والطعْن كالنار والزجاج وليطة[٣] القصب والمروة والرمح الذي لا سنان له ونحو ذلك؛ وكذلك الآلة المتخذة من النحاس؛ وكذلك القَتْل بحديد لا حد له كالعمود وصَنْجة الميزان وظهر الفَأْس والمرو ونحو ذلك[٤] عمد في ظاهر الرِّواية - وروى الطَّحاوي عن أبي حنيفة - رضي الله

= - ورجل قتيل: - مقتول، والجمع قتلاء، وقتلى، وقتالى.
- القتل في الاصطلاح:
هو فعل من العباد تزول به الحياة.
وزوال الحياة بدون فعل من العباد يسمى موتاً، ولا يسمى قتلاً.

(١) لغة: قال ابن فارس في معجم مقاييس اللغة ٥/ ٥٦: القاف والتاء واللام أَصْلٌ صحيح يدل على إذلال وإماتة، والقتل مصدر، يقال: قتله يقتله قتلاً. وقتله إذا أماته، بضرب أو حَجَرٍ أو سُمّ أو علة.
ورجل قتيل: مقتول، والجمع قتلاء وقتلى وقتالى.
العَمْدُ في اللغة: القصد؛ يقال: عدت إلى الشيء قصدته، وتعمدته: قصدت إليه أيضاً، والعمد ضِدُّ الخطأ.
عرفه الشَّافعية: بأنه ما حَصَلَ بِقَصْدِ الفعل العدوان، وعين الشخص بما يقتل غالباً وعرفه الإمام أبو حَنِيفَة - بأنه ما تعمد فيه ضرب المقتول بسلاح، أو ما أجرى مجرى السلاح.
وعرفه الصَّاحبان. بأنه ما تعمّد فيه ضرب المقتول بما لا تطيق النَّفْس احتماله وعرفه الإمام ابن عرفة فقال: العمد ما قصد به إتلاف النفس بآلة تقتل غالباً، ولو بمثقل، أو بإصابة المَقْتَلِ كعصر الأنثيين، وشدة الضَّغْطِ والخنق. وزاد ابن القصار أو يطبق عليه بيتاً، أو يمنعه الغذاء حتى يموت جوعاً.
وعرفه الحنابلة فقالوا: العَمْدُ أن يقتل قصداً بما يغلب على الظَّن موته به، عالماً بكونه آدميًا معصوماً.
ينظر: مغني المحتاج ٤/ ٣، شرح الدر المختار على ابن عابدين ٥/ ٣٥١، شرح حدود ابن عرفة ص ٤٧٣، كشاف القناع ٣/ ٣٣٣.

(٢) الإشفى: مخرز الإسكاف. المعجم الوسيط (إشفى).

(٣) الليطة: القصب اللاصق. ينظر مجمع الأنهر (٢/ ٦٢٥).

(٤) وقال في شرح الطحاوي: «العمد ما تعمد قتله بالحديد كالسكين والسيف أو ما كان كالحديد سواء كان له حدة يبضع بضعاً أو ليس له حدة، ولكن يرض رضا كالعمود وسنجات الميزان أو غيرها أو طعن بالرمح أو الإبرة أو الأشفى بعد أن يقع عليه اسم الحديد.. إلى أن قال: «وكذلك ما كان من جنس الحديد مثل الصفر والرصاص والفضة والذهب والنحاس والانك سواء قتله بضعاً أو رضا، وما كان من غير جنس الحديد أن عمل عمل الحديد فهو عمد.. . وكذلك ما كان له حد يعمل عمل السيف كالزجاج وليطة القصب وحجر له حد مما يبضع بضعاً أو يطعن كخشب له حد يجرح فهذا يعمل عمل الحديد فهو عمد.

عنهم ـ: أنه ليس بعَمْد، فعلى ظاهر الرواية العبرة للحَدِيد نفسه، سواء جرح أو لا، وعلى رواية الطّحاوي العبرة للجَرْح نفسه حديداً كان أو غيره، وكذلك إذا كان في معنى الحديد، كالصفر والنحاس والآنك والرّصاص والذّهب والفضة ـ فحكمه حُكْم الحديد[١].

وأما شبه العَمْد[٢] فثلاثة أنواع، بعضها متّفق على كونه شبه عمد، وبعضها مختلف فيه:

أما المتفق عليه فهو أن يقصد القَتْل بعصا صغيرة أو بحجر صغير أو لطمة ونحو ذلك، ممّا لا يكون الغَالِب فيه الهَلاَك كالسَّوطِ ونحوه، إذا ضرب ضربةً أو ضربتينِ ولم يوالِ في الضَّرباتِ.

وأما المختلف فيه فهو أن يضرْبَ بالسَّوطِ الصغيرِ، ويوالي في الضرَّبات إلى أن يموت، وهذا شبه عمد بلا خلافٍ بين أصحابنا ـ رحمهم الله تعالى ـ ، وعند الشَّافعيّ ـ رحمه الله ـ: هو عمد، وإن قصد قتله بما يغلب فيه الهَلاَك مما ليس بجارحٍ ولا طاعنٍ؛ كمدقة القصارينَ والحجر الكبير والعصا الكبيرة ونحوها ـ فهو شبه عمد عند أبي حنيفة ـ رضي الله عنه ـ، وعندهما والشافعِيُّ: هو عمد ولا يكون فيما دون النَّفس شبه عمد، فما كان شبه عمد في النَّفسِ فهو عمد فيما دون النَّفس؛ لأنَّ ما دون النَّفس لا يقصد إتلافه بآلَةٍ دون آلة عادة، فاستوت الآلات كلها في الدّلالةِ على القَصْدِ، فكان الفعل عمداً محضاً، فينظر إن أمكن إيجاب القصاص يجب القِصَاص، وإن لم يمكن يجب الأرش.

وأما القتل الخَطَأ فالخطأ[٣] قد يكون في نَفْس الفعل وقد يكون في ظن الفاعل: أما

---

(١) والقتل العمد عند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى، هو تعمد ضرب المقتول بما يقتل غالباً.

(٢) عرفه الشَّافعية: بأنه قَصْدُ الفعل العدوان والشخص بما لا يقتل غالباً، سواء قتل كثيراً أو نادراً، متى كان من الممكن إحالة الهلاك عليه عادة، إما إذا كان بنحو ضربة فلم تَهْدُرُ.

وعرفه الحنفية على طريقة الإمام، بأنه ما صدر بتعمُّد الضرب بما ليس بسلاح، ولا أجرى مجرى السلاح، والمراد بما يجري مجرى السلاح النار، وكل ما يقتل بحدّه كالمحدّد من الخشب والسَرْوَةِ ونحوهما.

ويعرف عند المالكية على القول بثبوته عندهم: بأنه ما يحصل بما لا يقتل غالباً على سبيل الغَضَبِ، أو بفعل مشروع، فيسرف فيه.

وعرفه الحَنَابِلَةُ فقالوا: شبه العَمْدِ أن يتعمد الجاني ضرب المجني عليه بما لا يقتل غالباً بقصد العدوان، أو بقصد التأديب، فيسرف فيه، أو يفعل به فعلاً، الأغلب أنه لا يقتله.

وعرفه الصَّاحبان. بأنه ما حصل بتعمُّد الضرب بما لا يحصل الهلاك به غالباً كالعصا الصغيرة.

ينظر: نهاية المحتاج ٧/ ٢٣٨، الهداية على التكلمة ٨/ ٢٤٥، الباجي على الموطأ ٧/ ١٠٠، المغني ٩/ ٣٣٧، العناية على الهداية ٨/ ٢٥٠.

(٣) الخَطَأُ في اللُّغة ضد الصَّواب، ويقال: أخطأ إذا أراد الصواب، فصار إلى غيره، ويقال: أخطأه الحق، إذا بعد عنه، وأخطأه السَّهْمُ تَجَاوزه، ولم يصبه، ويطلق الخطأ على الفعل الذي يصدر من الإنسان بغير قَصْدٍ.

=

الأول فنحو أن يقصد صيداً فيصيب آدمياً، وأن يقصد رجلاً فيصيب غيره؛ فإن قصد عضواً من رجل فأصاب عضواً آخر منه ـ فهذا عَمْد وليس بخَطَأ. وأما الثاني فنحو أن يرمي إلى إنسان على ظن أنه حربي أو مرتدّ، فإذا هو مسلم. وأما الذي هو في معنى الخَطَأ فنذكر حكمه وصِفَته بعد هذا إن شاء الله تعالى، فهذه صفات هذه الأنواع.

وأما بيان أحكامها فوقوع القَتْل بإحدى هذه الصِّفات لا يخلو إما إن علم وإما إن لم يعلم؛ بأن وجد قتيل لا يعلم قاتله؛ فإن علم ذلك: أمَّا القتل العمد المحْض فيتعلق/ به أحكام، منها وجوب القِصَاص، والكلام في القصاص في مواضع: ١٨/٣أ

في بيان شرائط وجُوب القِصَاص[1].

= وقد اختلف الفقهاء في تحديده: فعرفه الشافعية: بأنه ما صدر من الإنسان بفعل لم يقصد أصلاً، أو قصد دون قصد الشخص المقتول.
وعرَّفه الحنفية: بأنه ما يصدر من الإنسان بعدوان.
قصد عند مباشرة أمر مقصود، بسبب ترك التثبُّت والاحتياط، وهو على نوعين: خطأ في الفعل، وخطأ في القصد.
وعرف الإمام ابن عرفة القَتْل الخَطَأ فقال: هو ما مسببه غير مقصود لفاعله باعتبار صنفه غير منهي عنه.
ويعرفه أكثر الحَنَابلة بمثل تعريف الشافعية، إلاَّ أنهم يجعلون منه عمد الصبي والمجنون، كما أنَّ بعض الحنابلة يقولون بوجود قِسْم رابع يسمونه ما أجرى مجرى الخطأ، ويجعلونه شاملاً لصور كثيرة منها القتل من غير المكلف، وما لا قَصد فيه أصلاً، والقتل بالتسبُّب إن لم يكن عمداً، ولا شبه عَمْدٍ، ومن هؤلاء أبو الخطاب الحَنْبليّ، وصاحب «متن المقنع».
وقد قال في «الشرح الكبير»: وهذه الصور عند الأكثرين من قسم الخطأ أَعْطَوْه حكمه، وعلى ذلك درج الخرقي في «مختصره» حيث قال: القتل على ثلاثة أوجه عمد وشبه عمد وخطأ.
ينظر: مغني المحتاج ٤/ ٤، العناية على التكملة ٨/ ٢٥٢، بشرح حدود ابن عرفة ص ٤٧٧، المغني: ٩/ ٣٣٩، الشرح الكبير ٩/ ٣٢٠.

(١) القِصَاص: أن يُفْعل بالفاعل مثل ما فعل. كذا في المغرب.
وفي الصحاح: القصاص: القَوَدُ، وَقَدْ أَقَصَّ الأمير فلاناً من فلان إذا اقْتَص له منه فجرحه مثل جَرْحه أو قتله.
انظر الصحاح ٣/ ١٠٥٢، والقاموس المحيط ٢/ ٣٢٤، وما بعدها، والمصباح المنير ٢/ ٧٧٨ وما بعدها، والمغرب ٢/ ١٨٢.
اضطربت القوانين الوضعية في هذا القصاص، واختلفت أنظار المفكرين في جوازه أو عنها وأخذ كل يدافع عن فكرته، ويحاجج عن رأيه، حتى رمى بعض الغلاة الإسلام بالفسق في تقرير هذه العقوبة، وقالوا: إنها غير صالحة لهذا الزمن، وقد نسوا أن الإسلام جاء في ذلك بما يصلح البشر على مر الزمن مهما بلغوا في الرقي، وتقدموا في الحضارة.
كانت هذه العقوبة موجودة قبل الإسلام، ولكن للاعتداء فيها يده المتنمرة، وللإسراف فيها ضرره البالغ، فحد الإسلام من غلوائها، وقصر من عدوانها، ومنع الإسراف فيها. فقال تعالى: ﴿ومن قتل مظلوماً فقد =

وفي بيان كيفية وجُوبه،

وفي بيان من يستحق القِصَاص،

وفي بيان من يلي استيفاء القِصَاص،

وشرط جواز استيفائه، وفي بيان ما يستوفي به القِصَاص وكيفية الاستيفاء.

وفي بيان ما يسقط القصاص بعد وجوبه.

أما الأول: فلوجوب القِصَاص شرائط بعضها يرجع إلى القَاتِل، وبعضها يرجع إلى المقتول، وبعضها يرجع إلى نفس القتل، وبعضها يرجع إلى ولي القتيل.

أما الذِّي يرجع إلى القاتل فخمسة:

أحدها أن يكون عاقلاً.

والثاني أن يكون بالغاً، فإن كان مجنوناً أو صبياً لا يجب؛ لأنَّ القَصَاصَ عُقُوبة، وهما

= جعلنا لوليه سلطاناً فلا يسرف في القتل إنه كان منصوراً﴾ فلم يبح دَمَ من لم يشترك في القتل قال تعالى: ﴿يا أيها الذين آمنوا كتب عليكم القصاص في القتلى الحر بالحر والعبد بالعبد والأنثى بالأنثى﴾.
وقال عز من قائل: ﴿وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس والعين بالعين والأنف بالأنف... الآية﴾ ولكنه أفسح المجال للفصل بين الناس، وترك للجماعة الراقية مع ذلك أن ترى خيراً في العفو عن الجاني فقال: «فمن تصدَّق به فهو كفَّارة له».
على أن العقلاء الذين خبروا الحوادث، وعركوا الأمور، ودرسوا طبائع النفوس البشرية، ونزعاتها وغرائزها، قد هداهم تفكيرهم الصحيح إلى صلاح هذه العقوبة، لإنتاج الغاية المقصودة، وهي إقرار الأمن وطمأنينة النفوس، ودرء العدوان والبغي، وإنقاذ كثيرين من الهلاك؛ قال تعالى: ﴿ولكم في القصاص حياة يا أولي الألباب﴾.
ولقد فهم أولو الألباب هذه الحكم البالغة، وقدروها حق قدرها، وها نحن أولاً نرى اليوم أن الأمم التي ألغت هذه العقوبة عادت إلى تقريرها لما رأته في ذلك من المصلحة.
وأمكننا الآن أن نقول إنه ليس هناك من خلاف كبير بين الإسلام والقوانين الوضعية في هذا الموضوع.
أما القصاص في غير القتل مما ورد في الآية الكريمة ﴿والعين بالعين والأنف بالأنف والأذن بالأذن والسن بالسن والجروح قصاص﴾ فهو في غاية الحكمة والعدالة؛ إذ لو لم يكن الأمر كذلك لاعتدى القوى على الضعيف، وشوه خلقته، وفعل به ما أمكنته الفرصة لا يخشى من وراء ذلك ضرراً يناله، أو شراً يصيبه، ولو اقتصر الأمر على الديات كما هو الحال في القوانين الوثيقة لكان سهلاً على الباغي يسيراً على الجاني، ولتنازل الإنسان عن شيء من ماله في سبيل تعجيز عدوه، وتشويهه ما دامت القوة في يده، ولكنه لو عرف أن ما يناله بالسوء من أعضاء عدوه سيصيب أعضاءه مثله كذلك، انكمش وارتدع وسلموا جميعاً من الشر.

ليسا من أهل العقوبة: لأنها لا تجب إلا بالجِنَاية وفعلهما لا يوصف بالجِنَاية؛ ولهذا لم تجب عليهما الحُدُود[١].

وأما ذكورة القَاتِل وحريته وإسْلاَمه فليس من شَرَائط الوجوب. والثالث أن يكون متعمداً في القتل قاصداً إياه، فإن كان مخطئاً فلا قصاص عليه؛ لقول النبي: «العَمْدُ قَوَدٌ» أي القتل العمد يوجِبُ القود، شرط العمد لوجوب القود؛ ولأن القصاص عقوبة متناهِيَة فيستدعي جناية مَتَنَاهية، والجناية لا تتناهى إلا بالعمد.

والرَّابع أن يكون القتل منه عمداً محضاً ليس فيه شبهة العدم؛ لأنه ـ عليه الصلاة والسلام ـ شرط العَمْد مطلقاً بقول النبي: «العمد قود»، والعمد المطلق هو العَمْد من كل وجهٍ، ولا كمال مع شُبْهَة العدم؛ ولأن الشبهة في هذا البَاب مُلْحقة بالحَقِيقة.

وعلى هذا يخرج القَتْلُ بضربةٍ أو ضربتينِ على قصد القتل ـ أنه لا يوجب القود؛ لأن الضَّربة أو الضَّربتينِ مما لا يقصد به القَتْل عادة، بل التَّأديب والتهذيب، فتمكنت في القَصْد شبهة العدم، وعلى هذا يخرج قول أصْحَابنا ـ رضي الله عنهم ـ في الموالاة في الضَّربات أنها لا تُوجب القِصَاص، خلافاً للشافِعيِّ.

وجه قوله: أن الموالاة في الضَّربات دليل قصد القتل؛ لأنها لا يقصد بها التَّأديب عادة، وأصل القصد موجودٌ، فيتمحض القتل عمداً فيوجب القصاص. ولنا: أن شبهة عدم القَصْد ثابتة؛ لأنه يحتمل حصول القَتْل بالضرب والضربتين على سبيل الاستقلال من غير الحاجة إلى الضربات الأخر، والقتل بضربة أو ضَرْبتين لا يكون عمداً، فتبين بذلك أنه لا يوجب القِصَاص، وإذا جاء الاحتمال جاءت الشبهة وزيادة، وعلى هذا يخرج قول أبي حَنِيفة في القتل بالمثقل أنه لا يوجب القود، خلافاً لهما والشافعي ـ رحمهم اللهِ ـ .

وجه قولهم: أن الضرب بالمثقل مهلك عادة.

ألا ترى أنه لا يستعمل إلا في القتل، فكان استعماله دليل القَصْد إلى القتل؛ كاستعمال السيف، وقد انضم إليه أصل القَصْد، فكان القتل الحاصل به عمداً محضاً.

---

(١) قال محمد بن الحسن في «الأصل». إذا جنى الصبي على رجل في النفس أو فيما دونها فلا قود عليه لأن عمد الصبي خطأ وكذلك المعتوه، وكذلك المجنون إذا أصاب في حال جنونه. وإذا أصاب في حال إفاقته فهو والصحيح سواء، وعمد الصبي والمجنون في حال جنونه والمعتوه خطأ تعقله العاقلة».
وقال في الشرح الكبير:
«وأما الصبي والمجنون فلا يقتص منهما لأن عمدهما وخطأهما سواء على أنه لا عمد للجنون ولذا لو كان يفيق أحياناً وجنى حال إفاقته اقتضى منه حال إفاقته».

ولأبي حنيفة ـ رحمه الله ـ طريقان مختلفان على حسب اخْتِلاف الروايتين عنه:

أحدهما: أن القتل بآلة غير معدّة للقتل دليل عدم القصد؛ لأن تَحْصِيل كل فعل بالآلة المعدة له، فحصوله بغير ما أعدّ له دليلُ عدم القصد، والمثقل وما يجري مجراه ليس بمعدّ للقتل عادة، فكان القَتْل به دلالة عدم القَصْد، فيتمكن في العمدية شبهة العَدْم، بخلاف القتل بحديد لا حدّ له؛ لأن الحديد آلة معدّة للقتل؛ قال الله تبارك وتعالى: ﴿وَأَنْزَلْنَا الحَدِيدَ فِيهِ بَأْسٌ شَدِيدٌ﴾ [الحديد:٢٥] والقتل بالعمود معتاد، فكان القَتْل به دليلَ القصد فيتمحض عمداً، وهذا على قياس ظاهر الرواية.

والثاني وهو قياس رواية الطحاوي ـ رحمه الله ـ: هو اعتبار الجرح؛ أنه يمكن القصور في هذا القَتْل؛ لوجود فساد الباطن دون الظاهر، وهو نَقْض التركيب، وفي الاستيفاء إفْسَاد الباطن والظَّاهر جميعاً، فلا تتحقّق المماثلة.

وعلى هذا الخِلاَف إذا خنق رجلاً فقتله أو غرقه بالمَاءِ أو ألقاه من جبل أو سطح فمات ـ أنه لا قِصَاص فيه عند أبي حنيفة.

وعندهما: يجب؛ ولو طين على أحد بيتنا حتى مات جوعاً أو عطشاً، لا يضمن شيئاً عند أبي حنيفة، وعندهما: يضمن الدية.

وجه قولهما: أن الطين الذي عليه تسبيب لإهلاكه[1]؛ لأنه لا بقاء للآدمي إلا بالأكل

---

(١) ورد من حديث ابن عباس ومن حديث عمرو بن حزم.
أما حديث ابن عباس.

رواه الدارقطني في سننه (٣/ ٩٤) في كتاب الحدود والديات وغيره من حديث عمرو بن دينار عن ابن عباس قال: قال رسول الله ﷺ: «العمد قود إليه والخطأ عقل لا قود فيه ومن قتل في عمية بحجر أو عصا أو سوط فهو دية مغلظة في أسنان الإبل».

وعزاه الزيلعي في نصب الراية (٤/ ٣٢٧) إلى ابن أبي شيبة وإسحاق بن راهويه في «مسنديهما» كلاهما من طريق إسماعيل بن مسلم عن عمرو بن دينار عن طاوس عن ابن عباس قال: قال رسول الله ﷺ: «العمد قود إلا أن يعفو ولي المقتول».

ورواه أبو داود (٤/ ١٨٣) كتاب الديات، باب من قتل في عمياء بين قوم الحديث (٤٥٤٠) ورواه أيضاً في (٤/ ١٩٦) كتاب السنة، باب فيمن قتل في عمياً بين قوم الحديث (٤٥٩١) والنسائي (٨/ ٤٠٣٩) كتاب القسامة، باب من قتل بحجر أو سوط وابن ماجه (٢/ ٨٨٠) كتاب الديات، باب من حال بين ولي المقتول وبين القود أو الدية الحديث (٢٦٣٥).

كلهم من طريق سليمان بن كثير عن عمرو بن دينار عن طاوس عن ابن عباس قال: قال رسول الله ﷺ «من قتل في عميا أو رقيا تكون بينهم بحجر أو سوط أو بعصا فعقله عقل خطأ ومن قتل عمداً فقود يده فمن حال بينه وبينه فعليه لعنة الله والملائكة والناس أجمعين لا يقبل منه صرف ولا عدل». =

والشرب، فالمنع عند استيلاء الجُوع والعَطَش عليه يكون إهلاكاً له، فأشبه حفر البئر على قَارِعة الطَّرِيق.

ولأبي حنيفة ـ رحمه الله ـ: أن الهلاك حَصَل بالجوع والعطش لا بالتَّطْيين، ولا صنع لأحد في الجوع والعطش، بخلاف الحفر فإنه سبب للوُقُوع، والحفر حصل من الحافر فكان قتلاً تسبيباً، ولو أطعم غيره سماً فمات؛ فإن كان تناول بنفسه، فلا ضمان على الذي أطعمه؛ لأنه أكله باختياره، لكنه يعزّر ويضرب ويؤدب؛ لأنه ارتكب جِنَاية ليس لها حدّ مقدّر وهي الغرور، فإن أوجره السم فعليه الدية عندنا.

وعند الشافعِيِّ ـ رحمه الله ـ: عليه القصاص[1].

= وأما حديث ابن حزم قال الزيلعي في نصب الراية (٣٢٨/٤): «رواه الطبراني في «معجمه» من حديث إسماعيل بن عياش عن عمران بن أبي الفضل عن عبد الله بن أبي بكر بن محمد بن عمرو بن حزم عن أبيه عن جده عن النبي ﷺ قال: العمد قود والخطأ دية «وإن كان المراد بجده محمد بن عمرو فهو مرسل قال ابن سعد في الطبقات في ترجمة عثمان بن عفان: محمد بن عمرو بن حزم ولد في عهد رسول الله ﷺ سنة عشر من الهجرة وقال لأبيه عمرو: سمه محمداً اهـ

في أ: لهلاكه.

(١) ذهب الحنفية كما حكى المصنف رحمه الله إلى أن القتل لا تعتبر عمداً إلا إذا ارتكب بآلة قاتلة ويشترط الإمام أبو حنيفة أن تكون الآلة محددة فإن لم يكن القتل بذلك لا يعتبر عمداً عنده ولم يستثن من غير المحدد إلا النار فاعتبر القتل بها عمداً والظاهرية يعتبرون القتل عمداً متى كان نتيجة اعتداء بما يحتمل الموت منه أما الاعتداء بما لا يموت من مثله أحد عادة فلس عندهم من العمد ولا من الخطأ وإنما هو هدر ولا شيء فيه إلا الأدب، وقد وافقهم الشافعية في اعتبار الموت بما لا يموت من مثله أحد هدراً، لأنه لا يمكن إحالة الهلاك عليه عادة.

وقد ذهب المالكية في الرواية المشهورة عندهم إلى أن القتل يعتبر عمداً متى كان الفعل قاتلاً سواء كان الاعتداء على سبيل العداوة أو اللعب أما إذا كان الفعل لا يقتل غالباً فيعتبر القتل خطأ إن كان الاعتداء على سبيل اللعب أو التأديب ويعتبر عمداً إن كان على سبيل العداوة أو الغضب.

وأما على الرواية التي تثبت شبه العمد فيكون الاعتداء بما لا يقتل غالباً شبه عمد كما ذهب إلى ذلك الجمهور. وقد ثبت شبه العمد بالسنة وبالمعقول وهو أن الاعتداء على الإنسان بما لا يقتل غالباً دليل على عدم قصد القتل.

وذهب الشافعية والحنابلة، إلى أن أي وسيلة تقتل غالباً تجعل القتل عمداً ولا فرق عندهم بين الجارح والمثقل ولا بين المسبب والمباشرة. وهم يكتفون في كون القتل عمداً بأن يفعل المعتدي بالمقتول فعلا الغالب منه التلف.

والذي يؤيده الدليل هو ما ذهب إليه الشافعية والحنابلة والمالكية في إحدى الروايتين عندهم من أنه لا فرق فيما يزهق الروح بين المثقل والمحدد ولا بين أن يكون الفعل القاتل تسبباً أو مباشرة ما دام يغلب على الظن حصول الموت به فالذي يضرب الشخص بمحدد أو بمثقل أو يدفعه لأسد أو يقذفه من شاهق =

ولو غرق إنساناً فمات، أو صاح على وجهه فمات ـ فلا قود عليه عندنا وعليه الدية، وعنده: عليه القود.

والخامس أن يكون القَاتِل مختاراً اختيار الإيثار عند أصحابنا الثلاثة ـ رحمهم الله ـ.

وعند زفر / والشافعي ـ رحمهما الله ـ: هذا ليس بشرط. وعلى هذا يخرج المكره على القَتْل؛ أنه لا قِصَاص عليه عندنا خلافاً لهما[1]، والمسألة مرّت في كتاب الإكراه. ٣/١٨ب

= أو يقدم إليه سما فيأكله غير عالم به فيموت من ذلك يعتبر قاتلاً عمداً ويجب القصاص منه حتى يرتدع الناس عن القتل بهذه الوسائل التي تدل دلالة واضحة عند استخدامها في الاعتداء على توفر نية القتل، فمتى كان الفعل الذي حصل به القتل مما يغلب على الظن حصول الموت به يعتبر القتل عمداً إذ لا شبهة عند ذلك في قصد القتل به. القتل العمد لمحمد مبروك يوسف.

(١) اختلف الفقهاء فيما إذا أكره إنسان آخر على قتل شخص فقتله ـ فذهب المالكية وأحمد وأهل الظاهر والشافعي في الصحيح من مذهبه إلى أن القصاص يجب على المكره والمكره. وذهب أبو حنيفة ومحمد إلى أنه يجب القصاص على المكرِه وحده وهو قول للشافعي.
وذهب أبو يوسف إلى أنه لا يقتص من واحد منهما. وذهب زفر إلى أنه لا يقتص إلا من المكره (الفاعل) استدل الأولون ـ في الوجوب على المكرِه بأنه قد تسبب في قتل غيره بما يفضي إلى القتل غالباً، وعلى المكره بأنه قتل غيره عمداً عدواناً إبقاء على نفسه فكان كمن قتل شخصاً ليأكله. بل هذا أولى لأن المضطر قاطع بهلاك نفسه، بخلاف المكرَه، وقد قال المازري من المالكية من أكره رجلاً على قتل آخر ظلماً قتل المباشرة إذ لا خلاف أن الإكراه لا يبيح له قتل مسلم ظلماً، ويقتل المكره أيضاً لأن القاتل كآلة له.
واستدل أبو حنيفة ومحمد ـ أولاً ـ بقوله ﷺ: «رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه» فقد أفاد الحديث أن الله تعالى قد رفع عن المستكره حكم ما أكره عليه وهو الإثم والعقوبة، ومنها القصاص.
وثانياً ـ بأن الموجود من المكره صورة القتل وهو كالآلة، والآلة لا يتوجه إليها خطاب، والمعتدي في الحقيقة هو المكره (الحامل).
واستدل أبو يوسف ـ بأنِ المكره ليس بمعتد حقيقة وإنما هو متسبب في القتل والمعتدي حقيقة هو المكره (الفاعل) ولما لم يجب عليه القصاص للحديث السابق فالقول بعدم وجوبه على الحامل أولى.
واستدل زفر ـ بأن الاعتداء قد وجد من المكره (الفاعل) حقيقة وحسا وإنكار المحسوس مكابرة، فوجب اعتبار القتل منه دون المكره، لأن الأصل اعتبار الحقيقة ولا يعدل عنها إلا بدليل.
ناقش الجمهور أدلة أبي حنيفة بأن موجب المستكره عليه وحكمه إنما يكون معفوا عنه إذا سلب المكره الاختيار، وكذلك إذا كان الإكراه تاماً، وكون المكره كالآلة للمكره غير صحيح، فإن في مقدوره عدم الامتثال، ولكنه امتثل دفعاً للأذى عن نفسه فكان معتدياً ظالماً فوجب القصاص عليه، ويجاب عن هذا بأن الفعل (المكره) وإن لم تنعدم ارادته تماماً الا أن الإكراه المعتبر يفسد اختياره لأنه إنما يكون بالتخويف بنحو اتلاف النفس أو العضو فالتأثير الذي وقع على حرية اتياره ينافي مسؤوليته ويعتبر شبهة كافية لدرء القصاص عنه فيجب أن ينقل حكم الفعل إلى الحامل فيما يصلح أن يكون المكره آلة للحامل فيه كأتلاف النفس والمال، وقد عهد في الشرع تأثير الإكراه في إسقاط كثير من الواجبات لكون المكره يشبه من لا =

وأما الذي يرجع إلى المقْتُول فثلاثة أنواع:

أحدها: ألاَّ يكون جزء القاتل، حتى لو قتل الأب ولده لا قِصَاصَ عليه[1]، وكذلك الجد أب الأب أو أب الأم وإن عَلاَ، وكذلك إذا قتل الرجل ولد ولده وإن سفلوا، وكذا الأم إذا قتلت ولدها أو أم الأم أو أم الأب إذا قتل ولد ولدها؛ والأصل فيه ما روي عن النبي ـ عليه الصلاة والسلام ـ أنه قال: **«لا يقاد الوَالِد بولده»** واسم الوالد والولد يَتَنَاول كل والد وإن علا، وكل ولد وإن سفل.

ولو كان في ورثة المقْتُول ولد القاتل أو ولد ولده ـ فلا قِصَاص؛ لأنه تعذر إيجاب القِصَاص للوَلَد في نَصِيبه، فلا يمكن الإيجاب للباقين؛ لأنه لا يتجزّأ، وتجب الدية للكلِّ، ويقتل الولد بالوالد لعُمُومات القِصَاص من غير فَصْل، ثم خص منها الوالد بالنصِّ الخاص، فبقي الولد داخلاً تحت العموم؛ ولأن القِصَاص شرع لتحقيق حِكْمة الحياة بالزَّجر والرَّدع، والحاجة إلى الزجر في جانب الوَلَد لا في جانب الوالد؛ لأن الوالد يحب وَلَده لولده لا

= اختيار له. وقياس الجمهور المكره على المضطر قياس مع الفارق لأن المضطر مختار في فعله ولم يصدر منه القتل تحت سلطان مؤثر خارجي وليست حياته بأولى من حياة غيره حتى يستبيح قتله ليأكله، وحيث إن القتل صدر منه بدافع من نفسه وجب أن يتحمل مسؤوليته، بخلاف المكره فإنه إنما يصدر منه القتل تحت تأثير سلطة خارجية قاهرة فيجب أن يعفى من المسؤولية وأن يتحملها هذا المتسلط المتغلب وحده، وفي قوله ﷺ: «إن الله تجاوز لي عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه» ما يدل على رفع المسؤولية عن المكره، ويجعل حمل المسؤولية على المكرِه متعيناً فلا وجه لما ذهب إليه أبو يوسف من نفي القصاص عنهما معا بحجة أن الحامل متسبب غير مباشر للقتل، لأن الإكراه الملجىء سبب في معنى العلة، فيجب أن يتحمل المتسبب وهو المكره المسؤولية.

على أن هذا القول يؤدي إلى إراقة الدماء بطريق الإكراه، إذ يصبح المكرِه في مأمن من العقوبة وقول زفر أنه لا يعدل عن الحقيقة إلا بدليل يجاب عنه بأن الدليل قائم وهو الحديث المذكور والإكراه هنا سبب في معنى العلة فيجب أن ينقل حكم المباشرة إليه. ومما ذكرناه يتبين رجحان ما ذهب إليه الامام أبو حنيفة وهو القول بالقصاص من الحامل (المكره) وحده لأنه قد وصل إلى ما يريده من قتل المجني عليه بهذا الطريق الذي توسل بها إلى مقصده، فلا يجوز أن يؤثر تدخل الفاعل (المكره) على مسؤوليته، لأنه قد أراد القتل وبلغ ما يريده فيجب أن يعد قاتلاً وأن يقتص منه على أن من توصل به ليس إلا كالآلة له بسبب تغلبه وتسلطه عليه، وقول أبي يوسف بعدم القصاص منه مبني على أنه متسبب وقد بينا أن هذا المتسبب كالمباشرة أما المكره المغلوب على أمره فقد فسد اختياره فلا وجه لتحميله مسؤولية ما أكره عليه ينظر: القتل العمد لشيخنا محمد يوسف.

(١) الأبوة مانعة من وجوب القصاص فلا يقتل الأب بابنه. وهو مذهب الأئمة الثلاثة أبو حنيفة والشافعي وأحمد رحمهم الله جميعاً.

وذهب الامام مالك إلى أن الأبوة لا تمنع من وجوب القصاص، إذا كان يقصد قتل ابنه ـ كأن يضجعه ويذبحه ـ أما إذا لم يقصد فلا يقتل به.

لنفسه، بوصول النفع إليه من جهته أو يحبه لحياة الذكر لما يحيى به ذكره، وفيه أيضاً زيادة شفقة تمنع الوَالِد عن قتله، فأما الولد فإنما يحب وَالِده لا لوالده بل لنفسه، وهو وصول النفع إليه من جهته، فلم تكن محبته وشفقته مَانِعة من القَتْل، فلزم المنْع بشرع القصاص كما في الأجَانِب؛ ولأن محبة الولد لوالده لمَّا كانت لمنافع تصل إليه من جِهَته لا لعينه، فربما يقتل الوَالِد ليتعجل الوصول إلى أملاكه، لا سيما إذا كان لا يصل النَّفع إليه من جهته لعوارض، ومثل هذا يندر في جَانِب الأب.

والثاني: ألاَّ يكون ملك القاتل ولا له فيه شبهة الملك، حتى لا يقتل المولى بعبده[1]؛

---

(١) الاجماع قائم على أن الحر يقاد بالحر وأنه يقتل العبد بالحر وأنه لا يقطع طرف الحر بطرف العبد، واختلف العلماء في الحر إذا قتل عبداً هل يقتل به أم لا؟.
ثلاثة أقوال:
الأول: يقتل الحر بالعبد مطلقاً سواء كان عبد القاتل أو عبد غيره. قال به النخعي والبخاري.
الثاني: يقتل الحر بالعبد إلا السيد فلا يقتل بعبده.
وهو قول الحنفية وقال به سعيد بن المسيب والشعبي وقتادة والثوري.
الثالث: لا يقتل الحر بالعبد مطلقاً.
وهو مروي عن أبي بكر وعمر وعلي رضي الله عنهم، وهو قول الجمهور المالكية والشافعية والحنابلة.
وقال الشوكاني في النيل: وقد اختلف أهل العلم في قتل الحر بالعبد. وحكي صاحب البحر الإجماع على أنه لا يقتل السيد بعبده إلا عن النخعي، وهكذا حكى الخلاف عن النخعي وبعض التابعين الترمذي. وأما قتل الحر بعبد غيره فحكاه في البحر عن أبي حنيفة وأبي يوسف، وحكاه صاحب الكشاف عن سعيد بن المسيب والشعبي والنخعي وقتادة والثوري وأبي حنيفة وأصحابه. وحكى الترمذي عن الحسن البصري وعطاء بن أبي رباح وبعض أهل العلم أنه ليس بين الحرّ والعبد قصاص لا في النفس ولا فيما دون النفس. قال: وهو قول أحمد وإسحاق، وحكاه صاحب الكشاف عن عمر بن عبد العزيز والحسن وعطاء وعكرمة ومالك والشافعي.
وحكاه في البحر عن عليّ وعمر وزيد بن ثابت وابن الزبير والعترة جميعاً والشافعي ومالك وأحمد بن حنبل. وروى الترمذي في المسألة مذهباً ثالثاً فقال: وقال بعضهم: إذا قتل عبده لا يقتل به، وإذا قتل عبد غيره قتل به، وهو قول سفيان الثوري انتهى. وقد احتج المثبتون للقصاص بين الحرّ والعبد بحديث سمرة المذكور وهو نصّ في قتل السيد بعبده، ويدل بفحوى الخطاب على أن غير السيد يقتل بالعبد بالأولى. وأجاب عنه النافون أوّلاً بالمقال الذي تقدم فيه. وثانياً بالأحاديث القاضية بأنه لا يقتل حرّ بعبد، فإنها قد رويت من طرق متعددة يقوّي بعضها بعضاً فتصلح للاحتجاج. وثالثاً بأنه خارج مخرج التحذير. ورابعاً بأنه منسوخ، ويؤيد دعوى النسخ فتوى الحسن بخلافه. وخامساً بأن النهي أرجح من غيره كما تقرّر في الأصول. والأحاديث المذكورة في أنه لا يقتل حرّ بعبد مشتملة عليه. وسادساً بأنه يفهم من دليل الخطاب في قوله تعالى ـ الحرّ بالحرّ والعبد بالعبد ـ أنه لا يقتل الحرّ بالعبد، ولا يخفى أن هذه الأجوبة يمكن مناقشة بعضها، وقد عكس دعوى النسخ المثبتون فقالوا: إن الآية المذكورة منسوخة بقوله تعالى ـ النفس بالنفس ـ. واستدلوا أيضاً بالحديث المتقدم في أول الباب عن عليّ: «أن النبي صلى الله عليه =

لقوله ـ عليه الصلاة والسلام ـ: «**لاَ يُقَادُ الوَالِدُ بِوَلَدِهِ وَلاَ السَّيِّدُ بِعَبْدِهِ**»[1] ولأنه لو وجب

= وآله وسلم قال: «المؤمنون تتكافأ دماؤهم» ويجاب عن الاحتجاج بالآية المذكورة، أعني قوله ـ النفس بالنفس ـ بأنها حكاية لشريعة بني إسرائيل لقوله تعالى في أول الآية ـ وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس ـ بخلاف قوله تعالى ـ الحرّ بالحرّ والعبد بالعبد ـ فإنها خطاب لأمة محمد صلى الله عليه وآله وسلم، وشريعة من قبلنا إنما تلزمنا إذا لم يثبت في شرعنا ما يخالفها، وقد ثبت ما هو كذلك. على أنه قد اختلف في التعبد بشرع من قبلنا من الأصل كما ذلك معروف في كتب الأصول، ثم إنا لو فرضنا أن الآيتين جميعاً تشريع لهذه الأمة لكانت آية البقرة مفسرة لما أبهم في آية المائدة، أو تكون آية المائدة مطلقة، وآية البقرة مقيدة، والمطلق يحمل على المقيد. وقد أيد بعضهم عدم ثبوت القصاص بأنه لا يقتصّ من الحرّ بأطراف العبد إجماعاً فكذا النفس، وأيد آخر ثبوت القصاص فقال: إن العتق يقارن المثلة فيكون جناية على حرّ في التحقيق حيث كان الجاني سيده. ويجاب عن هذا بأنه إنما يتم على فرض بقاء المجني عليه بعد الجناية زمنا يمكن فيه أن يتعقب الجناية العتق ثم يتعقبه الموت لأنه لا بد من تأخر المعلول عن العلة في الذهن وإن تقارنا في الواقع، وعلى فرض أن العبد يعتق بنفس المثلة لا بالمرافعة وهو محل خلاف. وقد أجاب صاحب المنحة عن هذا الإشكال فقال: إنه يتمّ في صورة جدعه وخصيه لا في صورة قتله انتهى. وهذا وهم لأن المراد بالمثلة في كلام المورد للتأييد هي المثلة بالعبد الموجبة لعتقه بالضرب واللطم ونحوهما لا المثلة المخصوصة التي سرى ذهن صاحب المنحة إليها. وقد أورد على المستدلين بقوله تعالى ـ الحرّ بالحرّ والعبد بالعبد ـ أنه يلزم على مقتضى ذلك أن لا يقتل العبد بالحرّ. وأجيب بأن قتل العبد بالحرّ مجمع عليه فلا يلزم التساوي بينهما في ذلك. ينظر النيل (٧/ ١٦ ـ ١٧) والاجماع لابن المنذر (١٤٤، ١٤٦) المغني (٧/ ٦٥٩).

(١) أخرجه الترمذي (٤/ ١٩) كتاب الديات: باب الرجل يقتل ابنه هل يقاد منه أم لا حديث (١٤٠١) وابن ماجه (٢/ ٨٨٨) كتاب الديات: باب لا يقتل الوالد بولده حديث (٢٦٦١) والدارمي (٢/ ١٩٠) كتاب الديات: باب القود بين الوالد والولد والدارقطني (٣/ ١٤٢) كتاب الحدود والديات حديث (١٨٥) والبيهقي (٨/ ٣٩) كتاب الجنايات: باب الرجل يقتل ابنه، والسهمي في «تاريخ جرجان» (ص ٤٢٩ ـ ٤٣٠) وأبو نعيم في «الحلية» (٤/ ١٨) كلهم من طريق إسماعيل بن مسلم عن عمرو بن دينار عن طاوس عن ابن عباس عن النبي ﷺ قال: «لا تقام الحدود في المسجد ولا يقاد بالولد الوالد».

وقال الترمذي: لا نعرفه مرفوعاً إلا من حديث إسماعيل بن مسلم وإسماعيل تكلم فيه بعض أهل العلم من قبل حفظه اهـ.

وقال أبو نعيم: غريب من حديث طاوس تفرد به إسماعيل عن عمرو اهـ.

قلت: لكنه لم يتفرد برفع هذا الحديث فقد توبع على رفعه.

تابعه سعيد بن بشير.

أخرجه الحاكم (٤/ ٣٦٩) من طريق أبي الجماهير محمد بن عثمان ثنا سعيد بن بشير ثنا عمرو بن دينار عن طاوس عن ابن عباس مرفوعاً بلفظ: لا يقاد ولد من والده ولا تقام الحدود في المساجد.

وتابعه عبيد الله بن الحسن.

أخرجه الدارقطني (٣/ ١٤٢) كتاب الحدود والديات حديث (١٨٤) والبيهقي (٨/ ٣٩) كتاب الجنايات: باب الرجل يقتل ابنه، من طريق عقبة بن مكرم ثنا أبو حفص التمار ثنا عبيد الله بن الحسن العنبري عن عمرو بن دينار عن طاوس عن ابن عباس به وتابعه قتادة أيضاً. =

....

= أخرجه البزار كما في «نصب الراية» (٤/ ٣٤٠) عن قتادة عن عمرو بن دينار عن طاوس عن ابن عباس به.
ولأول الحديث شاهد من حديث جبير بن مطعم.
أخرجه الحارث بن أبي أسامة في «مسنده» كما في «المطالب العالية (١/ ١٠٠) رقم (٣٦٠) وعزاه الحافظ هناك للحارث.
وذكره الهيثمي في «مجمع الزوائد» (٢/ ٢٨) وقال: رواه الطبراني في «الكبير وفيه الواقدي وهو ضعيف اهـ.
والحديث في «المعجم الكبير» (٢/ ١٣٩ ـ ١٤٠) رقم (١٥٩٠) وفي الباب عن عمر بن الخطاب وعبد الله بن عمرو وسراقة بن مالك.
أخرجه ابن الجارود في «المنتقى» حديث (٧٨٨) والدارقطني (٣/ ١٤٠ـ ١٤١) كتاب الحدود والديات حديث (١٨٦) والبيهقي (٨/ ٣٨)
كتاب الجنايات: باب الرجل يقتل ابنه، كلهم من طريق محمد بن عجلان عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن عبد الله بن عمرو قال: كانت لرجل من بني مدلج جارية فأصاب منها ابناً فكان يستخدمه فلما شب الغلام دعا بها يوماً فقال: اصنعي كذا وكذا فقال الغلام: لا تأتيك حتى متى تستأمر أمي؟ قال: فغضب أبوه فحذفه بسيفه فأصاب رجله أو غيرها فقطعها فنزف الغلام فمات فانطلق في رهط من قومه إلى عمر فقال: يا عدو نفسه أنت الذي قتلت ابنك؟ لولا أني سمعت رسول الله ﷺ يقول: لا يقاد الأب بابنه لقتلتك هلم ديته قال فأتاه بعشرين أو بثلاثين ومائة بعير قال: فتخير منها مائة فدفعها إلى ورثته وترك أباه.
قال البيهقي: وهذا إسناد صحيح.
قال الحافظ في «تلخيص الحبير» (٤/ ١٦): «وصحح البيهقي سنده لأن رواته ثقات وله طريق آخر.
أخرجه الترمذي (٤/ ١٨) كتاب الديات: باب الرجل يقتل ابنه حديث (١٤٠٠) وابن ماجه (٢/ ٨٨٨) كتاب الديات: باب لا يقتل الوالد بالولد حديث (٢٦٦٢) وأحمد (١/ ٤٩) وابن أبي عاصم في «الديات» (ص ـ ٩٧) وعبد بن حميد في «المنتخب من المسند» (ص ـ ٤٤) رقم (٤١) والدارقطني (٣/ ١٤٠) كتاب الحدود والديات، كلهم من طريق الحجاج بن أرطأة عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن عمر بن الخطاب قال سمعت رسول الله ﷺ يقول: لا يقاد الوالد بالولد قال الزيلعي في «نصب الراية» (٤/ ٣٣٩): قال صاحب «التنقيح»: قال يحيى بن معين في الحجاج صدوق، ليس بالقوي يدلس عن محمد بن عبيد الله العزرمي عن عمرو بن شعيب وقال ابن المبارك: كان الحجاج يدلس فيحدثنا بالحديث عن عمرو بن شعيب مما يحدثه العرزمي اهـ.
لكن تابعه ابن لهيعة.
أخرجه أحمد (١/ ٢٢) من طريق ابن لهيعة عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال أبو حاتم الرازي: لم يسمع ابن لهيعة من عمرو بن شعيب شيئاً. انظر المراسيل لابن أبي حاتم (١١٤).
حديث عبد الله بن عمرو
تقدم من رواية ابن لهيعة عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده.
حديث سراقة بن مالك.
أخرجه الترمذي (٤/ ١٨) كتاب الديات: باب الرجل يقتل ابنه حديث (١٣٩٩) والدارقطني (٣/ ١٤٢) =

القِصَاص، لوجب له، والقصاص الواحد كيف يَجب له وعليه؟ وكذا إذا كان يملك بعضه فقتله لا قِصَاص عليه؛ لأنه لا يمكن اسْتيفاء بعض القصاص دون بَعْض؛ لأنه غير متجزىء.

وكذا إذا كان له فيه شُبْهَة الملك؛ كالمكاتب إذا قَتَل عبداً من كَسْبه؛ لأن للمكاتب شُبْهة الملك في أكسابه، والشبهة في هذا الباب مُلْحقة بالحقيقة، ولا يقتل المؤلى بمدبره وأم ولده ومكاتبه[1]؛ لأنهم مماليكه حقيقة.

ألا ترى أنه لو قال: كل مملوك لي فهو حرّ، عتق هؤلاء إلا المكاتب؛ فإنه لا يعتق إلا بالنية؛ لقُصور في الإضافة إليه بالملك لزوال مِلْك اليد، ويقتل العبد بمَوْلاه، وكذا المدبر وأم الولد والمكاتب لعُمُومات النُّصوص، ولتحقيق ما شرع له القِصَاص وهو الحياة بالزجر والرَّدع، بخلاف المولى إذا قتل هؤلاء؛ لأن شفقة المولى على ماله تمنعه عن القَتْل عند سيحان العداوة الحَامِل على القتل إلا نادراً، فلا حاجة إلى الزجر بالقِصَاص بخلاف العبد.

ولو اشترك اثنان في قتل رجُل، أحدهما ممَّن يجب القِصَاص عليه لو انفرد، والآخر لا يجب عليه لو انْفَرد ممن ذكرنا؛ كالصبي مع البالغ، والمجنون مع العاقل، والخاطىء مع العامد، والأب مع الأجنبي، والمولى مع الأجنبي - لا قصاص عليهما عندنا.

وقال الشافعي - رحمه الله -: يجب القِصَاص على العَاقِل والبالغ والأجنبي إلا العامد؛ فإنه لا قِصَاص عليه إذا شاركه الخاطىء؟

وجه قوله: أن سبب الوجوب وُجِد من كل واحدٍ منْهما وهو القَتْل العمد، إلا أنه امتنع الوُجُوب على أحدهما لمَعنى يخصُّه، فيجب على الآخر.

ولنا: أنه تمكنت شبهة عدم القَتْل في فعلِ كل واحدٍ منهما؛ لأنه يحتمل أن يكون فعل

= كتاب الحدود والديات حديث (١٨٣) من طريق إسماعيل بن عياش عن المثنى بن الصباح عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن سراقة بن مالك بن جشعم قال: حضرت رسول الله ﷺ يقيد الأب من ابنه ولا يقيد الابن من أبيه.

قال الترمذي: حديث فيه اضطراب وليس إسناده بصحيح والمثنى بن الصباح يضعفه في الحديث.

وقال الدارقطني: والمثنى وابن عياش ضعيفان.

وقال الترمذي في «العلل الكبير» (ص - ٢٢٠): سألت محمداً - البخاري - عن هذا الحديث؟ فقال: هو حديث إسماعيل بن عياش وحديثه عن أهل العراق وأهل الحجاز كأنه شبه لا شيء ولا يعرف له أصل. اهـ.

قال الزيلعي في «نصب الراية» (٤/ ٣٤٠): قال في «التنقيح» -: حديث سراقة فيه المثنى بن الصباح وفي لفظه اختلاف اهـ.

(١) في أ: ومكاتبته.

من لا يَجِب عليه القِصَاص لو انفَرد مستقلاً في القتل، فيكون فعل الآخر فضلاً، ويحتمل على القلب، وهذه الشبهة ثابتة في الشَّريكين الأجنبيين، إلا أن الشرع أسقط اعتبارها وألحقها بالعدم؛ فتحا لباب القصاص وسدا لباب العدوان؛ لأن الاجتماع ثم يكون أغلب وههنا أندر، فلم يكن في معنى مورد الشَّرع، فلا يلحق به وعليهما الدِّية لوجود القتل، إلا أنه امتنع وجُوب القِصَاص للشبهة، فتجب الدِّية، ثم ما يَجِب على الصَّبي والمجنون والخاطىء تتحمّله العَاقِلة، وما يجب على البَالِغ والعاقل والعامد يكون في مَالهِ؛ لأن القتل عمد، لكن سقط القِصَاص للشُّبهة والعاقلة لا تعقل العَمْد، وفي الأب والأجنبي الدّية في مالهما؛ لأن القتل عَمْد، وفي المولى مع الأجنبي على الأجْنَبي نِصْف قيمة العبد في ماله لما قلنا؛ وكذلك إذا جرح نفسه وجرحه أجنبي فمات ـ لا قِصَاص على الأجنبِيِّ عندنا، خلافاً للشَّافعِيِّ، وعلى الأجنبِيِّ نصف الدِّية؛ لأنه مات بجرحين؛ أحدهما هدر والآخر معتبر، وعلى هذا مسائِل تأتي في مَوْضع آخر ـ إن شاء الله تعالى[1] ـ.

١١٩/٣أ والثالث: أَنْ يكون معْصُوم الدَّم مطلقاً، فلا يقتل مُسْلم ولا ذمي / بالكَافِر الحربي ولا بالمرتد؛ لعدم العصمة أصلاً ورأساً، ولا بالحربي المسْتَأمن في ظاهر الرِّواية؛ لأن عصمته ما ثبتت مِطْلَقة، بل مؤقتة إلى غاية مقامه في دار الإسلام، وهذا لأن المستأمن من أهل دار الحَرْب، وإنما دخل دار الإسلام لا لقصد الإقامة، بل لعارض حاجة يدْفعها ثم يعود إلى وطنه الأصلي، فكانت في عصمته شبهة العَدَم.

وروي عن أبي يوسف: أنه يقتل به قِصَاصاً؛ لقيام العصمة وقت القتل، وهل يقتل المستأمن بالمستأمن؟ ذكر في «السّير الكبير» أنه يقتل.

وروى ابن سماعة عن محمد: أنه لا يقتل ولا يقتل العَادِل بالباغي؛ لعدم العصمة بسبب الحرب؛ لأنهم يقْصُدون أموالنا وأنفسنا ويستحلُّونها، وقد قال ـ عليه الصلاة والسلام ـ: **«قَاتِلْ دُونَ نَفْسِكَ»**، وَقَالَ: **«قَاتِلْ دُونَ مَالِكَ»**[2] ولا يقتل البَاغِي بالعادل أيضاً عندنا، وعند الشافعي ـ رحمه الله ـ: يقتل؛ لأن المقتول معْصُوم مطلقاً.

ولنا: أنه غير معصوم في زعم البَاغِي؛ لأنه يستحل دم العَادِل بتأويل، وتأويله وإن كان فاسداً لكن له منعة، والتأويل الفاسد عند وجود المنعة ألحق بالتأويل الصحيح في حقِّ وجوب

---

(١) اتفق الفقهاء على أن المسلم إذا جنى على نفس مسلم عمداً ـ وجب عليه القصاص، متى توفرت شرائطه. وأما إذا جنى على نفس كافر عمداً: فإن كان حربياً فلا قصاص عليه؛ لأنه محارب مهدر الدم، فكان قتله مباحاً، بل قربة يتقرب بها وطاعة يرجي الثواب عليها.

(٢) تقدم.

الضَّمان، بإجماع الصَّحابة ـ رضي الله تعالى عنهم ـ؛ فإنه روي عن الزُّهري أنه قال: وقعت الفِتْنة والصَّحابة متوافرون، فاتفقوا على أن كل دم استحلّ بتأويل القُرْآن العظيم فهو موضوع.

وعلى هذا يخرج ما إذا قال الرجل لآخر: اقتلني فقتله ـ أنه لا قِصَاص عليه عند أصْحَابِنا الثلاثة، وعند زفر: يجب القصاص.

وجه قوله: أَنَّ الأمرَ بالقتل لم يقدح في العِصْمة؛ لأَن عصمة النَّفسِ مما لا تحتمل الإباحة بحال.

ألاَّ ترى أنه يأثم بالقول، فكان الأمر ملحقاً بالعدم بخلاف الأمر بالقَطْع؛ لأن عصمة الطّرف تحتمل الإِباحة في الجملة، فجاز أن يؤثر الأمر فيها.

ولنا: أنه تمكنت في هذه العِصْمَة شبهة العدم؛ لأن الأمر وإن لم يصحّ حقيقة فصيغته تورث شبهة، والشبهة في هذا البَاب لها حكم الحَقِيقة، وإذا لم يجب القِصَاص فهل تجب الدية؟ فيه روايتان: عن أبي حنيفة ـ رضي الله عنه ـ في رواية: تجب، وفي رواية: لا تجب؛ وذكر القدوري ـ رحمه الله ـ: أَنْ هذا أصحُّ الروايتين. وهو قول أبي يوسف ومحمد ـ رحمهما الله ـ، وينبغي أَنْ يكونَ الأصحُّ هي الأولى؛ لأن العصمة قائمةَ مقام الحرمة، وإنما سقط القِصَاص لمكان الشبهة، والشبهة لا تمنع وجُوب المَال.

ولو قال: اقطع يدي فقطع، لا شيء عليه بالإجماع؛ لأن الأطراف يسلك بها مسلك الأموال، وعصمة الأموال تثبت حقاً له، فكانت محتملة للسقوط بالإباحة والإذْن، كما لو قال له: أتلف مالي فأتلفه.

ولو قال: اقتل عبدي أو اقطع يده، فقتل أو قطع ـ فلا ضمان عليه؛ لأن عبده ماله، وعصمة ماله تثبت حقاً له، فجاز أن يسقط بإذنه كما في سائر أمواله. ولو قال اقتل أخي فقتله وهو وارثه القياس أن يجب القِصَاص، وهو قول زفر ـ رحمه الله ـ. وقال أبو حنيفة ـ رضي الله عنه ـ: أستحسن أن آخذ الدية من القَاتِل.

وجه القياس: أن الأخ الآمر أجنبي عن دم أخيه، فلا يصح إذنه بالقتل، فالتحق بالعَدَم.

وجه الاستحسان: أن القصاص لو وَجَب بقَتْل أخيه لوَجَبَ له، والقتل حصل بإذنه، والإذن إن لم يعمل شرعاً لكنه وجد حَقِيقة من حيث الصِّيغة، فوجوده يورث شبهة كالإذن بقتل نفسه، والشُّبهة لا تؤثر في وجُوب المال [فيجب المال][1]. وروى أبو يوسف عن أبي

---

(١) سقط من ط.

حنيفة ـ رضي الله عنهما ـ فيمن أمر إنساناً أن يقتل ابنه فقتله ـ أنه يقتل به، وهذا يوجب اختلاف الرِّوايتين في المسألتين.

ولو أمره أن يشجه فشجَّه، فلا شيء عليه إن لم يمت من الشَّجة؛ لأن الأمر بالشجة كالأمر بالقَطْع، وإن مات منها كانت عليه الدِّية، كذا ذكر في الكتاب، ويحتمل هذا أن يكون على أصْل أبي حنيفة ـ رحمه الله ـ خاصة؛ بناء على أن العفو عن الشجَّة لا يكون عفواً عن القتل عِنْده، فكذا الأمر بالشجَّة لا يكون أمراً بالقتل، ولما مات تبين أن الفِعْل وقع قتلاً من حين وجُوده لا شجًا، وكان القياس أن يجب القِصَاص، إلا أنه سقط للشُّبهة فتجب الدية، فأما على أصلهما فينبغي ألاَّ يكون عليه شيء؛ لأن العفو عن الشجَّة يكون عفواً عن القتل عندهما، فكذا الأمر بالشجّة يكون أمراً بالقتل.

وروى ابن سماعة عن محمد ـ رحمهما الله ـ فيمن أمر إنساناً بأن يقْطَع يده ففعل، فمات من ذلك ـ أنه لا شيء على قاطعه. ويحتمل أن يكون هذا قَوْلهما خاصة؛ كما قالا فيمن له القِصَاص في الطّرف إذا قطع طرف من عليه القِصَاص فمات ـ أنه لا شيء عليه.

فأما على قول أبي حنيفة ـ رحمه الله ـ فينبغي أن تَجب الدية لأنه لما مات تبين أن الفعل وقع قتلاً والمأمور به القطع لا القتل، وكان القياس أن يجب القصاص كما قال فيمن له القصاص في الطرف، إلا أنه سقط؛ لمكان الشبهة؛ فتجب الدية.

٣/١٩ب وعلى هذا يخرج الحربي إذا أسلم في دار الحرب، ولم يهاجر إلينا، فقتله / مسلم؛ أنه لا قصاص عليه عندنا؛ لأنه وإن كان مسلماً، فهو من أهل دار الحرب؛ قال الله تبارك وتعالى: ﴿فَإِنْ كَانَ مِنْ قَوْمٍ عَدُوٍّ لَكُمْ، وَهُوَ مُؤْمِنٌ﴾ [النساء:٩٢] فكونه من أهل دار الحرب أورث شبهة في عصمته، ولأنَّه إذا لم يهاجر إلينا، فهو مكثر سَوَادِ الكفرة، ومن كثر سواد قوم، فهو منهم على لسان رسول الله ـ ﷺ ـ وهو وإن لم يكن منهم ديناً، فهو منهم داراً؛ فيورث الشبهة.

ولو كانا مسلمين تاجرين أو أسيرين في دار الحرب، فقتل أحدهما صاحبه، فلا قصاص أيضاً، وتجب الدية والكفارة في التاجرين، وفي الأسيرين خلاف ذكرناه في «كتاب السير».

ولا يشترط أن يكون المقتول مثل القاتل في كمال الذات، وهو سلامة الأعضاء، ولا أن يكون مثله في الشرف والفضيلة؛ فيقتل سليم الأطراف بمقطوع الأطراف والأشل، ويقتل العالم بالجاهل، والشريف بالوضيع، والعاقل بالمجنون، والبالغ بالصبي، والذكر بالأنثى، والحر بالعبد، والمسلم بالذمي الذي يؤدي الجزية، وتجري عليه أحكام الإِسْلاَمِ[1].

---

(١) فإن كان المجني عليه ذمياً، وكان القتل عمداً أيضاً ـ فقد اختلف الفقهاء في وجوب القصاص من المسلم. =

....

= فذهب ابن حزم، وجماعة إلى القول بسقوط القصاص في العمد، وسقوط الدية في الخطأ. ولكن قالوا: يؤدب المسلم بالسجن حتى يتوب كفاً لضرره.

وذهب الحنفية، والنخعي، والشعبي إلى القول بوجوب القصاص؛ وهو قول عمر، وابن مسعود، وابن أبي ليلى.

وذهب الشافعية، والحنابلة، والثوري، والأوزاعي، إلى عدم وجوب القصاص على المسلم مطلقاً. وإنما تجب عليه الدية مضاعفة. روي هذا عن عمر، وعثمان، وزيد بن ثابت.

وذهب مالك؛ والليث بن سعد؛ إلى القول بوجوب القصاص في حالة خاصة. هي ما إذا قتل المسلم الكافر غيلة، أي: تأخذه إلى مكان مخصوص، فيضجعه ويذبحه؛ ليأخذ ما معه من المال، وفي غير تلك الحالة لا يقتص منه. وإنما تجب الدية عليه في العمد. والكفارة في الخطأ.

استدل ابن حزم، ومن معه: بأن الآيات الواردة في القصاص لم تشتمل على قتل المسلم للكافر؛ لأنها في قتل المؤمنين خاصة لم يرد فيها ذكر للذميين والمستأمنين، دل على ذلك حكمُ الرسول في المسألة بقوله: «لاَ يُقْتَلُ مُسْلِمٌ بِكَافِرٍ»، وإذا كان الذمّيّ كافراً ظهر يقيناً أنه لا قصاص على قاتله المسلم، إذا قتله عمداً.

وأيضاً لا تجب عليه الدية في قتله خطأ؛ لعدم وجوب القصاص في العمد؛ لأن الدية تابعة له، فمتى سقط القصاص سقطت؛ لقوله تعالى: ﴿فَمَنْ عُفِيَ لَهُ مِنْ أَخِيهِ شَيْءٌ فاتِّبَاعُ بِالْمَعْرُوفِ وَأَدَاءٌ إِلَيْهِ بِإِحْسَانٍ﴾ بعد قوله: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلَىٰ﴾. فقد دلت الآية بأولها، وآخرها على أنه لا عفو فلا قصاص؛ لأنه لا مؤاخاة بين مسلم وكافر.

وإنما يسجن القاتل، ويؤدب؛ لأن قتل الذمي بغيرِ حق منكر، واجب تغييره باليد؛ لقوله عليه الصلاة والسلام: «مَنْ رَأَىٰ مِنكُمْ مُنكَراً فَلْيُغيِّرهُ بِيَدِهِ». وقوله تعالى: ﴿وَتَعَاوَنُوا عَلَى البر والتَّقْوَى﴾؛ والقول بسجنه منع له من الظلم. وتعاون على البر. وإطلاق عون له على العدوان ونوقش: بأن في عدم إجراء القصاص بين المسلم والكافر نقضاً للعهود والمواثيق، التي أوجب الله الوفاء بها ـ على أن الذّمي ما أعطى الذمة والعهد؛ إلا ليكون له ما لنا، وعليه ما علينا». ولأجل أن يحمي نفسه وماله، فلو كان أمره؛ أنه إذا قتل لا يقتل قاتله ـ لم تكن هناك فائدة من العهد، ولفات المقصود منه.

وليس لابن حزم متمسك في القول بأن وجوب الدية تابع لوجوب القصاص، إلا ربط أول الآية الواردة في القصاص بآخرها ـ وليس ذلك بصحيح؛ لأن أولها عام، وآخرها خاص، وفي مثل ذلك يقدم الآخر على الأول.

واستدل الإمام مالك على وجوب القصاص في القتل غيلة:

أولاً: ما أخرجه أبو داود في «مراسيله»، عن طريق ابن وهب، عن عبد الله بن يعقوب؛ عن عبد الله بن عبد العزيز بن صالح الحضرمي قال: ـ «قتل رَسُولُ الله ﷺ: يَوْمَ حُنَيْن مُسْلِماً بِكَافِرٍ قَتَلَهُ غِيلَةً. وقال: أَنَا أَوْلَى، أَوْ أَحَقُّ مَنْ وَفَّى بِذِمَّتِهِ».

ونوقش هذا الحديث:

بأن ابن القطان قد ذكره، وقال: فيه عبد الله بن يعقوب؛ وعبد الله بن عبد العزيز مجهولان. ولم أجد لهما ذكراً في الحديث. =

....

= وعلى تسليم صحته لا يثبت مطلوب المستدل؛ لأنه ليس فيه إلا أن الرسول قتل، ولم يبين أنه لا واجب إلا هذا، فإن المسألة للأولياء موكولة إليهم، إن شاؤوا عفوا، وأخذوا الدية. وإن شاؤوا طالبوا بالقتل، فلعلهم في هذه الحادثة لم يقبلوا إلا القصاص.

وثانياً: بما روى ابن حزم، عن عبد الله بن حبيب الأندلسي، عن جندب الهذلي قال: كتب عبد الله بن عامر إلى عثمان؛ أن رجلاً من المسلمين عدا على دهقان، فقتله على ماله. فكتب إليه عثمان أن اقتله؛ فإن هذا قتل على الحرابة».

وما روي أن عمر بن الخطاب ـ رضي الله عنه ـ بلغه أن رجلاً من المسلمين قتل رجلاً نصرانياً غِيلَةً من أهل الحيرة، فأمر بقتله دلت الروايتان على أن عمر، وعثمان قتلا المسلم الذي قتل ذِمِّيًا غِيلَةً، معللة الرواية الأولى القتْل؛ بأنه لكونه قتل غيلة على الحرابة. ومعناه: أن المسلم إنما يقتل في تلك الحالة؛ لكونه صار محارباً، أي: قاطع طريق.

ونوقش: بأن الرواية الأولى قال فيها ابن حزم: رويناه عن رجال كثيرين من أبناء الصحابة، إلا أن كل ذلك من رواية عبد الملك بن حبيب الأندلسي. وفي بعضها ابن الزناد وهو ضعيف. وبعضها مرسل، ولا يصح منها شيء.

وأما الرواية الثانية فمناقشة ـ بأن ذكر القتيل فيها لا يدل على أنه كان قتل قصاص، أو قتلاً على الحرابة، فاحتملت، فلم تصلح دليلاً على أحدهما بعينه.

واستدل ثالثاً: بأن القاتل غِيلة صار محارباً مستحقاً للقتل؛ إذ لو ترك بدون قتل حين يَقْتُل كافراً ـ لأصبح وحشاً ضارياً، معتاداً على سفك الدماء؛ لوثوقه من عدم قتله. وقد يستسهل دفع الدية التي قد لا تساوي شيئاً بجانب ما أخذ، واستولى عليه من المقتول.

ونوقش: بأن المشهور في مذهب مالك في المحارب يخالف ما هو في الدليل، فإنه إن أخذ المحارب المال عندهم لا تأخير في نفيه، بل في القطع والقتل، والصلب. أما إن أضاف فقط فالتخيير للإمام بين الجميع على أن المالكية عندهم أن كل من قتل في حرابته من لا يقتل به في غير الحرابة ـ لا يقتل به إذا قتله في الحرابة، وهم قائلون بعدم قتل المسلم إذا قتل كافراً في غير الحرابة.

واستدل الشافعي، ومن معه على عدم القصاص ـ بالكتاب، والسنة، والآثار، والمعقول:

أما الكتاب: فأولاً: ـ قوله تعالى: ﴿وَلَن يَجْعَلَ اللهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلاً﴾. وجه الدلالة أن الآية وإن كانت بلفظ الخبر، إلا أنه أريد بها النهي، وقد نفت الآية كل سبيل لكافر على مؤمن؛ لأن السبيل نكرة في سياق النفي، فيعم، وحيث كان القصاص سبيلاً من السُبل يكون داخلاً في عموم النفي فينفي.

ثم لا يمكن حمل السبيل على معنى الحجة والبرهان للكافر على المسلم؛ لأن هذا الحمل خاصٌ، فلا يناسب عموم اللفظ، ولأن هذا معلوم من غير الآية، فلا يجوز حملها على ما هو معروف من غيرها.

ونوقش: بأن الآية ورد فيها عن السلف تأويلات كلها محتملة، فيجب التحاكم إلى قواعد الشريعة؛ لمعرفة ما هو أولى بالقبول، فحيث نفى الله السبيل في الآية، وكان محتملاً لأن يكون في الآخرة فقط؛ كما روي عن علي، وابن عباس بدليل عطفه على قوله: ﴿فَاللهُ يَحْكُمُ بَيْنَهُم يَوْمَ الْقِيَامَةِ﴾، ويحتمل أن يكون المراد نفي السبيل في الدنيا كما جنح إلى ذلك السدي، وخصه بالتام على معنى الاستئصال، فلا يتمكن الكافرون من استئصال المؤمنين.

ويحتمل أن يكون السبيل المنفي عاماً في الدنيا والآخرة، إلا ما خصه الدليل، وهذا الأخير هو الراجح =

....

= استناداً إلى ما هو الأصل في الكلام وهو العمومُ إلا ما خص بدليل، وقد قام الدليل على أن القصاص خارج.

وثانياً: بقوله تعالى: ﴿لاَ يَسْتَوِي أَصْحَابُ النَّارِ وَأَصْحَابُ الجَنَّةِ﴾ دلت الآية على عدم المساواة بين المؤمنين والكفار؛ لأن الآية وإن اشتملت على فعل منفي وهو لا يعم، إلا أنها متضمنة لنكرة، وهي عامة اتفاقاً بعد النفي. فالتقدير لا استواء بين هؤلاء وهؤلاء. ونفي التساوي بينهما يمنع من تساوي نفوسهما، وتكافؤ دمائهما؛ إذ القصاص مبني على المماثلة والتساوي، فلا يثبت القصاص بين المسلم والكافر.

ونوقش: بأن الآية لا يلزم منها عدمُ الاستواءِ في العصمة؛ لأن مثل هذا الكلام لا عموم له؛ كما في قوله: ﴿لا يستوي الأَعْمَىٰ وَالْبَصِيرُ﴾، المنفي هو الاستواء في البصر والعمى، لا في كل وصف؛ ولهذا يجري القصاص بينهما لاستوائهما في العصمة، ثم الآية تحتمل أن يكون المنفي هو المساواة في الآخرة في الثواب والعقاب.

يؤيده قوله بعده ﴿أَصْحَابُ الجَنَّةِ هُمُ الفَائِزُونَ﴾، وأيضاً كون الشخص صاحب جنة أو نار أمر غير مدرك، بل هو موقوف على الخاتمة. وإذا كان غير مدرك. لا يدخل تحت علم القاضي أنه من أهل الجنة، فلا يقتل بمن هو من أهل النار.

واستدل من السنة: بما أخرجه البخاري عن أبي حجيفة قال: قُلْتُ لِعَلِيٍّ هَلْ عِنْدَكُمْ شَيْءٌ مِنَ الْوَحْيِ لَيْس فِي القُرآنِ. قَالَ لاَ، وَالَّذِي فَلَقَ الْحَبَّةَ، وَبَرَأَ النَّسْمَةِ، إلاَّ فَهماً يُعْطِيه الله ـ رجُلاً فِي الْقُرآنِ، وَمَا فِي هَذِهِ الصَّحِيفَة. قلت وما في هذه الصحيفة؟ قال: «العَقْلُ، وَفِكَاكُ الأسِيرِ، وأنْ لاَ يُقْتَلُ مُسْلِمٌ بِكَافِرٍ».

أخرج هذا الحديث أحمد، والنسائي، وأبو داود، والترمذي. ومعنى العقل الدية سميت بذلك؛ لأنهم كانوا يعقلون إبل الدية بفناء دار المقتول.

وبما روى قتادة عن الحسن عن قيس قال انطلقت أنا والأشتر إلى علي بن أبي طالب، فقلنا له هل عهد إليك رسول الله ﷺ شيئاً لم يعهده إلى الناس، فقال: لا إلا ما في هذا الكتاب، وأخرج كتاب من قراب سيفه، فإذا فيه: «الْمُسْلِمُونَ تَتَكَافَأُ دِمَاؤُهُمْ، وَهُمْ يَدُ عَلَى مَنْ سِوَاهُمْ، وَيَسْعَى بِذِمَّتِهِم أَدْنَاهُمْ، أَلاَ لاَ يُقْتَلُ مُسْلِمٌ بِكَافِرٍ، وَلاَ ذُوْ عَهْدٍ في عَهْدِهِ» ورواه أحمد، والنسائي.

دلت الروايتان الصحيحتان في طريقهما على أن رسول الله نهى عن قتل المسلم بكافر أي كافر كان؛ لأنه نكرة، فيكون شاملاً للذمي، والحربي، والمستأمن، فلا يخصص اللفظ بأحدهم.

ومعنى: «وَلاَ ذُو عَهْدٍ فِي عَهْدِ» أنه يمتنع قتل المعاهد ما دام في عَهْدِهِ، مراعاة للوفاء بالعهد.

ونوقش هذا الدليل: بأن هذه الروايات مع صحتها، وعدم الطعن في راو من رواتها لا تصلحُ للاستدلال؛ لأن المستدل اعتبر صدر الحديث. وصرف النظر عن باقيه مع أن الآخر يرد الأول.

وبيان ذلك: أن الحديث اشتمل على جملتين:

الأولى: لا يقتل مسلم بكافر.

والثانية: ولا ذو عهد في عهده ـ والأولى معطوف عليه تام. والثانية معطوف ناقص. ومثل هذا لا بد فيه من تقدير في الجملة الثانية؛ لتكون مقيدة، لأن العطف للتشريك. وحيث كان العامل في الجملة الأولى هو الفعل المقيد بكافر يقدر في الثانية بحاله. فيصبح معنى الحديث: «لاَ يُقْتَلُ مُسْلِمٌ بِكَافِرٍ، وَلاَ ذُو عَهْدٍ فِي عَهْدِهِ بِكَافِرٍ». =

....

= والَّذِي دَعَا إلى هذا التقدير أنه لو ترك على حاله، وبدون تقدير لصادم الإجماع؛ لأن ظاهره يفيد أن الذمي لا يقتل مطلقاً. وهذا لا يتفق مع إجماعهم على قتل الذمي بالذمي، فنظرا لهذا الإجماع، خص الكافر المقدر في الجملة الثانية بالحربي، فيرى ذلك التخصيص إلى الكافر الملفوظ في الجملة الأولى.
وحينئذٍ يصير تقدير الحديث: «لاَ يُقْتَلُ مُسْلِمٌ بِكَافِرٍ حَرْبِيّ، وَلاَ يُقْتَلُ ذُو عَهْدٍ فِي عَهْدِهِ بِكَافِرٍ حَرْبِيّ» ومفهومه أن يقتل المسلم بالذمي، وهو ما يخالف دعوى الشافعية ـ فإن قال الشافعية: إن هذا التقدير يرد عليه:
أولاً: أنه لا حاجة إليه؛ لكون الحديث في غنى عنه يدلّ على ذلك ما ورد في سببه؛ أن رسول الله خطب يوم الفتح بسبب القتيل الذي قتله خزاعة. وكان له عهد فقال: «لَوْ قَتَلْتَ مُسْلِماً بِكَافِرٍ لَقَتَلْتُهُ بِهِ»، وقال: «لاَ يُقْتَلُ مُسْلِمٌ بِكَافِرٍ، وَلاَ ذُو عَهْدٍ فِي عَهْدِهِ» رواه أحمد، وأبو داود ـ فقد دل سبب النزول، وقوله: «لاَ يُقْتَلُ مُسْلِمٌ بِكَافِرٍ» على تركه الاقتصاص من الخزاعي بالمعاهد الذي قتله.
ودل قوله: ولاَ ذُو عَهْدٍ فِي عَهْدِهِ على النهي عن الإقدام على مثل ما فعله القاتل صاحب السبب، فكانت تلك الجملة كلاماً تامّا غير محتاج إلى تقدير، على أن التقدير خلاف الأصل، فلا يصاب إليه إلا عند الضرورة. ولا ضرورة.
ثانياً: إن القول بكون المعطوف يقيد بكل ما قيد به المعطوف عليه يخالف لما عليه محققو النحاة. من أنه لا يلزم اشتراك المعطوف والمعطوف عليه، إلا في الحكم الذي لأجله وقع العطف، وهو ههنا النهي عن القتل مطلقاً. من غير تعرض، لكونه قصاصاً، أو غير قصاص؛ وحينئذٍ لا يلزم من كون الأول في القصاص أن تكون الثانية فيه، حتى تحتاج إلى ذلك التقدير.
ثالثاً: إن الجملة الثانية من الحديث لم تذكر في كثير من طرقه، والرواية الصحيحة قاصرة على الجملة الأولى. وهذا يبعد التقدير المتقدم.
رابعاً: أن هذا التقدير يخرج الحديث عن كونه مفيداً؛ لأن معناه عليه: «لاَ يُقْتَلُ مُسْلِمٌ بِكَافِرٍ حَرْبِيٍّ قِصَاصاً؛ وغير متصور قتله به قصاصاً حتى ينفي.
فيكون الجواب على تلك الإيرادات بالترتيب.
أولاً: أنه على اعتبار عدم التقدير؛ يصير معنى الجملة الثانية: لا يقتل ذو عهد في عهده مطلقاً في حين أنه يقتل إذا قتل ذميا مثله اتفاقاً؛ وحينئذٍ لا بد من تقدير بغير حق من الحقوق، وعلى ذلك دار الأمر بين تقدير تلك الجملة، وبين تقدير لفظ: «بكافر» المذكور في الجملة الأولى.
وإذا دار الأمر بين تقديرين: أحدهما مذكور في العطوف عليه، والآخر غير مذكور ـ ترجح تقدير الأول لقرينة العطف؛ فإن الضرورة حاصلة على كل حال.
وأجيب عن الثاني: بأن الغرض أن العامل مقيد، فلا بد من تقديره مقيداً لا مطلقاً ـ ولا يقال: إنه يلزم مثل ذلك في قولنا ضربت علياً يوم الجمعة وبكراً، مع أنه لم يقل بذلك أحد ـ لأنا نقول: إن تقدير القيد إنما يكون متعيناً فيما إذا لم يصلح المعطوف إلا به؛ كما في الحديث الذي معناه، أما في غيره فلا.
وأجيب عن الثالث: ـ بأن عدم ورود الجملة الثانية في بعض الروايات لا ينفي الاستدلال؛ لأنها وردت في كثير من الطرق، ورواها الإمام أحمد، والنسائي، وأبو داود، وهما ممن رويا رواية الاقتصار.
وأجيب عن الرابع ـ: بأن آيات القصاص العامة توهم ما ادعى، لولا ورود ما أفاد التخصيص؛ وذلك لأن المستأمن ربما أوهم أمانة عصمة دمه، فإذا ما قتله المسلم قتل به، فجاء الحديث بنفي ذلك ـ ولا يبعد أن =

....

= تكون القصة الواردة في مستأمن صاحب عهد مؤقت؛ لأن الحديث غير مفيد شيئاً من ذلك، فيجب حمله على ما سبق جمعاً بين الأدلة.

ولو سلمنا أن الحديث عام شامل لكل كافر، وأن المسلم لا يقتل به فماذا هم قائلون في ذمي يقتل مثله، ثم يدخل الإسلام قبل أن يقتص منه. إن قالوا بقتله خالفوا مذهبهم، لأن قتل مسلم بكافر إذ لا يمكن دعوى سلب الإيمان عنه بعد إتيانه بالشهادتين، وإن لم يقولوا بقتله فقد اتفقوا معنا. ويكون الحديث قد خرج عن عمومه ـ وحمل الجملة الثانية على أن المعاهد لا يقتل في مدة عهده ـ سلب للحديث عن فائدته؛ لأن المعاهد بمجرد عهده حرم قتله، فيكون النهي عن ذلك المعروف عبثاً كلام الرسول خال عنه.

واستدلوا ثالثاً. بالآثار: وهي ما روى عبد الرزاق في «مصنفه» عن معمر، عن الزهري، عن سالم، عن أبيه؛ أن مسلماً قتل رجلاً من أهل الذمة عمداً، فرفع إلى عثمان بن عفان، فلم يقتله به، وغلظ عليه الدية كدية المسلم: دل هذا الأثر على أن عثمان قد حكم بعدم قتل المسلم بالذمي. وكان ذلك بمحضر من الصحابة.

قال ابن حزم: إنه لم يصح عن أحد من الصحابة شيء غير هذا، إلا ما روى النزال بن سبرة عن عمر أنه كتب في مثل هذا أن يُقادَ به، ثم ألحقه كتاباً آخر قال فيه: لا تقتلوه.

ونوقش: بأن الشافعي قد خالف مضمون الأثر في تضعيف الدية، فلو كان صحيحاً عنده ما خالفه فيها. وعلى ذلك، فإما أن يقبل الحديث كله ولم يفعل، أو لا يقبله كله، ولا يصلح له دليلاً ـ أما قول ابن حزم إنه صح ما روي في هذا الباب، فنقول فيه: إن عدم أخذ ابن حزم به، ومخالفته له، حيث لم يوجب الدية كما سبق ـ دليل ضعفه في نظره. ولعله رأى أنه قول صحابي لا حجة فيه مع كتاب الله، وسنة رسوله. وليس بشيء؛ لأنه لم يرد في الكتاب، ولا في السنة ما ينفيه صريحاً.

واستدل رابعاً بالمعقول من وجهين:

الوجه الأول: ما جاء بـ«الأم»: أن الله فرق بين المسلمين والذميين في أحكام الدنيا. ألا ترى أن المسلم والكافر إذا حضرا القتال أعطى المسلم نصيبه، وإن كان في غناء، وحرم الكافر وإن كان فقيراً اتفاقاً.

وقد أباح الله للمسلم أن يتزوج بحرائر الكتابيات. وحرم على الكافر الإماء المسلمات. ألا ترى أن الله أمرنا بأخذ المال من المسلم؛ طهرة وتزكية. ومن الكافر صغاراً وذلة: فمن هذا وذاك علمنا أن الله وضع الكافر موضع العبودية للمسلم، فأنى يتساويان؟!. وكيف يقتص من المسلم بقتله الكافر مع قيام المبيح لدمه. وهو كفره المورث للشبهة في الحد؟.

ونوقش: بأنا لا نسلم أن كفر الذمي ينفي المساواة بين الكافر والمسلم في كل شيء. فإن ذمته ساوت بينه وبين المسلم في عصمةِ المال والنفس. وإذا كان الحكم عند الخصم أن تقطع يد المسلم بسرقة مال الذمي ـ كان هذا دليل قوله بعصمة ماله. وليس يوجد فرق بين عصمة المالِ والنفس، بل النفس أولى بالعصمة من المال لأن الإنسان يهون عليه ماله دون نفسه. ويفرط في كل شيء لحفظها، ويفتديها بكل ما يملك.

ـ والقول بأن الكفر القائم في الذمي مبيح لدمه غير مسلم، بل إن المبيح هو الحرابة؛ ولهذا حكم بعدم قتل الصبي، والمرأة، والشيخ الفاني. =

....

= **والوجه الثاني**: هو قياسُ الذمي على المستأمن بجامع الكفر في كل منهما. وحيث كان المسلم لا يقتل بالمستأمن، وليس سبباً في ذلك سوى كفره، فلا يفرق بينهما، إذ يجمعهما وصف واحد، فيجمعهما حكم واحد.

ونوقش: بالفرق بين المستأمن والذمي، فإن أمان الذمي مؤبد. وأمان المستأمن موقت. كما أن المستأمن لا يدفع تطير أمانه شيئاً. والذمي يدفع جزية يعصم بسببها ماله، ونفسه وولده. كذلك المستأمن أمانة من فرد من أفراد المسلمين. والذمي أمانة من الإمام فلا يتساويان. وكيف يكونا سواء. والذمي تقطع يد المسلم بسرقة ماله. والمستأمن قد أهدرت أمواله، فلا تقطع يد المسلم بسرقتها.

فإن قيل: إن عهد الذمي مؤقت أيضاً إلى أن ينقص العهد، فكلا العهدين سواء ـ أجيب: بأن المسلم معصومٌ دمه ما دام مسلماً، فإذا ارتد صار دمه مباحاً. فكذلك الكفر قائم في كل من المستأمن والذمي، لكن هذا معصوم. وذاك غير معصوم؛ لأن العصمة كما تكون بالإسلام تكون بالدار. والدار عاصمة للذمي؛ لكونه بين ظهراني المسلمين، بخلاف المستأمن فإنه على شرف الرجوع إلى بلده دار الحرب.

واستدل الحنفية لمذهبهم: وهو وجوبُ القصاص.

أولاً: من الكتاب: قوله تعالى: ﴿وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ﴾ دلت الآية على أن حكم الله في التوراة هو قتلُ النفس بالنفس. وهو وإن كان شرع من قبلنا إلا أن إقرار شرعنا له، وقصَّه علينا بدون إنكار جعله شرعاً لنا.

والنفس: في الآية عامة تشمل المسلم، والذمي. والحربي لولا حرابة ـ لكان داخلاً، إلا أن دمه أهدر؛ لخروجه عن الطاعة.

ثم عموم النفس في الآية دل عليه ما روى البخاري، عن ابن مسعود، أن رسول الله ﷺ قال: لاَ يَحِلُّ دَمُ امْرِىءٍ يَشْهَدُ أَنَّ لاَ إِلَهَ إِلاَّ الله وَأَنِّي رَسُولُ الله إِلاَّ بِإِحْدَى ثَلاَثٍ، قَالَ مِنْهَا: «النَّفْسُ بالنَّفْسِ» فمقتضى الحديث أن نفس المسلم لا تحل إلاَّ إِذَا قَتَلَ نَفْساً أَيَّ نَفْسٍ كَانَتْ، عدا نفس المحارب؛ فإنها مستثناة لما قدمنا.

ونوقشت الآية: بأنها إنما نثبت حكم القصاص في التوراة، وليست شرعاً لنا. ثم إن الآية نزلت في اليهود، وكانوا ملة واحدة ليس فيهم مسلم وكافر؛ لما كانوا جميعاً أحراراً ليس فيهم أرقاء. فإن عقد الذمة والاستعباد إنما أبيح للنبي ﷺ من بين سائر الأنبياء، لأن الاستعباد أصله من الغنائم، وهي لم تحل لغير نبينا. وإذا كان كذلك خلت الآية عن الدلالة؛ إذ يكون معناها أن كل نفس من اليهود تقابل بنفس منهم، وليس فيها ما يدل على مقابلة نفس مسلمة بنفس غير مسلمة، بل ذلك معلوم نفيه بالمفهوم.

فإن قلتم: إنه غير معتبر ـ قلنا: إن الآية ساكتة: عن ذلك، وحكمه مأخوذ من الحديث السابق: «لاَ يُقْتَلُ مُسْلِمُ بِكَافِرٍ»، وعلى فرض عموم الآية فالحديث مخصِّص لها يدل على ذلك قولهُ تعالى في آخر الآية: ﴿فَمَنْ تَصَدَّقَ بِهِ فَهُوَ كَفَّارَةٌ لَهُ﴾. ولا خلاف أن صدقة الكافر الذي هو ولي للمقتول لا تكون كفارة؛ وحينئذٍ لا يثبت المدعي.

وأجيب: بأن الآية وإن نزلت في حقِّ اليهود، إلا أن حكاية الله لها علينا جعلها شرعا لنا. والآية عامة في اليهود، فتكون عامة عندنا أيضاً، والحديث وإن سلم من المناقشات السابقة، فهو خبر واحد لا يقوى على تخصيص الآية. على أنه يمكن حمله على نفي القصاص بين المسلم والحربي. وتحمل الآية على ما =

....

= سوى ذلك جمعاً بين الدليلين والذي يدل كذلك. على أن الآية تشريع إسلامي قول رسول الله ﷺ في قصة الربيع، حينما انكسرت ثنيته جارية أثر لطمة «كِتَابُ الله القِصَاصَ»، وليس في كتاب الله إلا قوله: «السِّنُّ بِالسِّنِ»، في تلك الآية.

قوله تعالى: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلَى الْحُرُّ بِالحُرِّ وَالْعَبْدُ بِالْعَبْدِ وَالأُنْثَى بِالأُنْثَى فَمَنْ عُفِيَ لَهُ مِنْ أَخِيهِ شَيْءٌ فَاتِّبَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ وَأَدَاءٌ إِلَيْهِ بِإِحْسَانٍ﴾ ـ وجه الدلالة أنه سبحانه أثبت القصاص على القاتل، من غير فرق بين أن يكون المقتول مسلماً أو كافراً؛ فوجب القصاص من المسلم القاتل للذمي.

ونوقش: بأن الخطاب للمسلمين، فكان هذا دليلاً على أن القتلى منهم، وإلا لتفكك النظم في الآية ـ وأيضاً أنه سبحانه ربط آخر الآية بأولها، وجعل بيانها عند تمامها فقال: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلَى الْحُرُّ بِالحُرِّ والعَبْدُ بِالْعَبْدِ وَالأُنْثَى بِالأُنْثَى﴾. وإذا كان نقص العبد عن الحرّ بسبب رقه الذي هو أثر من آثار الكفر مانعاً من جريان القصاص بينه وبين الحر ـ فأولى أن يجري القصاص بين الكافر ـ وفيه نفس الكفر لا أثره ـ وبين المسلم.

وأجيب عن ذلك: بأن الخطاب وإن كان في الآية للمسلمين، إلا أنه غير مخرج للكفار من حكمها؛ لأن المخاطب بتنفيذ القصاص هم المسلمون لا غيرهم. وإنما ينفِّذونه على أنفسهم، وعلى من تحت طاعتهم من الذميين. وعليه فالقتلى في الآية باقٍ على عمومه، مراداً به الذين وقع القتل عليهم. وربط أول الآية بآخرها غيرُ لازم؛ إذ يصح أن يكون الأول عاماً، والآخر خاصا؛ ويجري كل على أفراده. ولم يقتل الحر بالعبد لمعنى سيأتي.

قوله تعالى: ﴿وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَاةٌ يَا أُولِي الأَلْبَابِ﴾ وقوله: ﴿فَمَنْ قُتِلَ مَظْلُوماً فَقَدْ جَعَلْنَا لِوَلِيِّهِ سُلْطَاناً فَلا يُسْرِفْ فِي الْقَتْلِ﴾. دلَّتِ الآيتان على أن في شرعية القصاص تحقيقاً لحياة المجتمع. فلو لم يقتل المسلم بالكافر ـ لفات هذا المقصود؛ إذ قد تحمل العداوة الدينية أولياء المقتول على الانتقام، وقتل جماعة بواحد وعلى أن وليَّ المقتول له سلطانٌ على القاتل مطلقاً، وهو بعمومه الذي لم يفصل بين قاتل مسلم وكافر ـ مثبت للسلطان على المسلم، إذا قتل ذميًّا. ومعنى ذلك: أنه يقتص منه المسلم.

ونوقش: بارتفاع السلطان ينفي السبيل في قوله: ﴿وَلَنْ يَجْعَلَ الله لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلاً﴾، فبقيت الآية فيما عدا قتل المسلم للكافر.

وأجيب: بأن السبيل محتمل كما قدمنا؛ لأن يكون في الآخرة بدلالة قوله في صدر الآية: ﴿فَالله يَحْكُمُ بَيْنَهُمْ﴾، ومع احتمالها لا تصلح لرفع حكم ثابت.

استدل الحنفية ثانياً من السنة: بما رواه ابن أبي شيبة، وإسحاق بن راهويه في «مسنديهما»، والدارقطني في «سننه»، والطبراني في «معجمه»، عن ابن عباس (رضي الله عنهما) أن رسول الله ﷺ قال: «الْعَمْدُ قودُ، إلا أنْ يَعْفُوَ وَلِيُّ الْمَقْتُولِ».

وجه الدلالة أن الرسول قد حكم في كل قتل عمد بالقود، من غير تفرقة بين قتيل وآخر. ومقتضى ذلك جريان القصاص بين المسلم والكافر، حينما يكون القتل عمداً.

وبما أخرجه الدارقطني، والبيهقي عن عبد الرحمن بن البيلماني مسنداً. وعن ابن عمر مرسلاً؛ أن رسول الله ﷺ قتل مسلماً بمعاهد، «وَقَالَ أَنَا أَكْرَمُ مَنْ وَفَّى بِذِمَّتِهِ».

ونوقش: ـ بأن الدارقطني قال في هذا الحديث: إنه مرسل لا يثبت به حجة. وابن البيلماني ضعيف، لا =

....

= يقوم به حجة؛ إذا وصل الحديث، فكيف إذا أرسل.
وقال القرطبي: إنه منقطع لا تقوم به حجة. وقال أبو عبيد فيه: هذا حديث ليس بمسند، ولا يجعل إماماً تسفك به دماء المسلمين، وتكلم فيه بغير هذا ـ وعلى فرض صحته فهو منسوخ بحديث: «لاَ يُقْتَلُ مُسْلِمٌ بِكَافِرٍ»، كما نقل ذلك الشوكاني.
وأجيب: بأن الحديث وإن كان مرسلاً من طريق البيلماني، لكن تقوى بما روي عن عمر، وعلي، وعبد الله بن مسعود: «من قتل المسلم بالذمي» قال في نصب الراية: قال في «التنقيح»، وعبد الرحمن بن البيلماني وثقه بعضهم، وضعفه بعضهم.
ما رواه عمران حصين، وأبو هريرة، ومعقل بن يسار، أن رسول الله ﷺ قال: «لاَ يُقْتَلُ مُؤْمِنٌ بِكَافِرٍ، وَلاَ ذُو عَهْدٍ فِي عَهْدِهِ».
ـ وجه الدلالة ـ أن التقدير: لا يقتل مؤمن بكافر حربي؛ ولهذا عطف ذا العهد عليه وهو الذمي. فكان الحديثُ في عجزه تقديره: ولا ذو عهد في عهده بكافر حربي؛ لأن ذا العهد إذا قتل مثله قتل به، فتعين أن يكون المرادُ بالكافر المقدر الكافر الحربي. وعلى ذلك. فالحديثُ لا دلالة فيه على نفي قتل المسلم بالذمي.
ونوقش: بأن معناه لا يقتل مؤمن بكافر، ولا بذي عهد، أي: لا يقتل بكافر: حربي، ولا ذمي.
وأجيب: ـ بأنه لو أُريد ذلك لكان لحناً؛ لأنه لا يجوز أن يعطف المرفوع على المجرور، ولا تجوز نسبة ذلك إلى الرسول.
واستدلوا ثالثاً بالآثار: ما جاء في «مسند» الإمام أحمد، وما أخرجه الطبراني، أن علياً رضي الله عنه أُتِيَ بِرَجلٍ مِنَ الْمُسْلِمِينَ قَتَلَ رَجُلاً من أهل الذمة، فقامت عليه البينةُ، فأمر بقتله، فجاء أخوه، وقال: إني قد عفوت، قال: فلعلهم هدَّدوك أو قرعوك قال: لا. ولكن قتله لا يرد عليَّ أخي. وعوضوا لي ورضيت، قال: أنت أعلم من كان في ذمتنا، فدمه كدمنا، وديته كديتنا».
وهذا أثر ظاهر الدلالة في أن دم غير المسلم الذمي كدم المسلم، ومعناه: أن يقتص من أحدهما بالآخر.
ما رواه البيهقي في «المعرفة» من طريق الشافعي، أنبأنا محمد بن الحسن، حدثنا أبو حنيفة، عن حماد، عن إبراهيم النخعي؛ أن رجلاً من بكر بن وائل قتل رجلاً من أهل الحيرة، فكتب فيه عمر بن الخطاب؛ أن يدفع إلى أولياء المقتول، فإن شاؤوا قتلوا، وإن شاؤوا عفوا، فدفع الرجل إلى وليِّ المقتول. ثم أتبع عمر ذلك بأن بعث رجلاً، وقال: إن كان الرجلُ لم يقتل فلا تقتلوه.
ما رواه عبد الرزاق في «مصنفه»؛ أن عمر بن عبد العزيز كتب إلى أمير الجزيرة في رجل مسلم قتل رجلاً من أهل الذمة؛ أن ادفعه إلى وليه، فإن شاء قتله، وإن شاء عفا عنه. فدفعه إليه، فضرب عنقه، وأنا أنظر إليه.
دلت الروايتان على جريان القصاص بين المسلم والكافر.
ونوقش الأثر الثاني: بأنه عليكم لا لكم، فإن أمر عمر ثانياً بعد الأمر بالقتل ـ دليلٌ على عدم القصاص بين المسلم والكافر.
وأجيب: ـ بأن كتابة عمر إليهم ثانياً بعدم القتل ـ راجعٌ إلى أمر في القاتل هو كونه من فرسان المسلمين، فأراد إبقاءه عدة للإسلام، ولم ينفذ فيه القصاص.
«واستدلُوا بالمعقول وهو: =

وقال الشافعي - رحمه الله - كون المقتول مثل القاتل في شرف الإسلام والحرية - شرط وجوب القصاص، ونقصان الكفر والرق يمنع من الوجوب؛ فلا يقتل المسلم بالذمي، ولا الحر بالعبد، ولا خلاف في أن الذمي إذا قتل ذميًا، ثم أسلم القاتل؛ أنه يقتل به قصاصاً، وكذا العبد إذا قتل عبدا، ثم عتق القاتل.

احتج في عدم قتل المسلم بالذمي بما روي عنه - عليه الصلاة والسلام - أنه قال: «لاَ

= أن المسلم قد ساوى الذميَّ في حقن الدم وعصمته، فوجب أن يجري القصاص بينهما كالمسلمين. وإذا كانت يد المسلم تقطع بسرقة مال الذمي - فأولى أن يقتص من نفسه لنفسه. فما حرمة المال بأغلظ من حرمة النفس.

وأيضاً إذا كان الكافر إذا قتل كافراً مثله ثم أسلم يقتص منه، ولم يكن إسلامه مانعاً من القصاص - كذلك يكون إسلام المسلم ابتداء غير مانع من استيفاء القود؛ ولأنه لما جاز للكافر قتل المسلم دفعاً عن نفسه - كان قتله قوداً بنفسه واجباً، لأنهما في الحالين قتل مسلم بكافر.

ونوقش: يمنع قياس الكافر على المسلم في حقن الدم؛ لأن دم المسلم محقون بسبب إسلامه. وإسلامه مانع من استرقاقه. ولا كذلك الكافر - وأما كون حرمة النفس أغلظ من حرمة المال. فجوابه من وجهين:

الأول: أن القطع في السرقة حق لله تعالى، غير جائز العفو عنه - فجاز أن يستحق في مال الكافر؛ كما يستحق في مال المسلم.

أما القود فلما كان من حقوق الآدميين، وجائز العفو عنه لم يستحقه كافر على مسلم.

الثاني: أنه لما جاز قطع المسلم بسرقة مال الذمي المستأمن، ولم يقتل المسلم به قصاصاً - جاز أن يقطع في مال الذمي، ولا يقتل به.

وأما قولهم: لو قتل كافر مثله، ثم أسلم لم يكن إسلامه مانعاً من الاستيفاء. فجوابه: - أن القود حد، والحدود تعتبر بحال الوجوب، ولا تعتبر بما بعده؛ لأن المجنون لو قتل حال جنونه، ثم عقل - لم يجب عليه القود بعد ما سقط. ولو أنه كان عاقلاً وقت القتل، ثم جُنَّ - لوجب عليه القود.

وأجيب عن تلك المناقشات: بأنه إذا ثبت أن عصمة المال تابعة لعصمة النفس - كانت عصمة المال لازماً، والنفس ملزوماً. وتساوي اللوازم موجب لتساوي الملزومات. وإلا لخرج اللازم عن أن يكون لازماً، والملزوم ملزوماً - وأما إن قطع اليد أقل خطرا من النفس، ولا يلزم من ثبوت الأدنى ثبوت الأعلى.

فجوابه: أن العضو تابع للنفس، فإذا أبيح قطع العضو في شيء حقير وهو المال، فكيف لا يباح قتل النفس بالنفس، أفلا يكن كافياً أن يقدّم المسلم مقداراً من المال نظير ذلك المال المسروق. ويحفظ له العضو عن الإهدار. فاللازم أحد أمرين أن تتساوى النفس والأطراف في الحرمة، أو الإهدار عند الجناية على الذمي، ولا وجه للتفرقة؛ فوجب التساوي.

«وبعد» فهذه حجج المذاهب في المسألة وما ورد عليها. بالتأمل بخبر أنه لم يبق للجمهور من الأدلة صحيحاً عن المناقشة المعتبرة سوى حديث «لا يقتل مسلم بكافر» والأخذ به راجح. ينظر: أثر الاختلاف في الأحكام لشيخنا بدران أبو العنين نيل الأوطار ٨/٧، منتقى الأخبار (٢/٦٧٦) ينظر المحلى لابن حزم (١٠/٣٤٧)، المنتقى على الموطأ (٧/٩٧).

يُقْتَلُ مُؤْمِنٌ بِكَافِرٍ»[(١)] وهذا نص في الباب، ولأن في عصمته شبهة العدم؛ لثبوتها مع القيام المنافي وهو الكفر؛ لأنه مبيحٌ في الأصل؛ لكونه جناية متناهية؛ فيوجب عقوبة متناهية؛ وهو القتل؛ لكونه من أعظم العقوبات الدنيوية، إلا أنه منع من قتله لغيره، وهو نقض العهد الثابت بالذمة؛ فقيامه يورث شبهة، ولهذا لا يقتل المسلم بالمستأمن، فكذا الذمي؛ ولأن المساواة شرط وجوب القصاص، ولا مساواة بين المسلم والكافر.

ألا ترى؛ أن المسلم مَشْهُودٌ له بالسعادة، والكافر مشهود له بالشقاء؛ فأنى يتساويان؟!

ولنا: عمومات القصاص من نحو قوله ـ تبارك وتعالى ـ: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلَىٰ﴾ [البقرة:١٧٨]، وقوله ـ سبحانه وتعالى ـ: ﴿وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ﴾ [المائدة:٤٥]، وقوله ـ جلت عظمته ـ: ﴿وَمَنْ قُتِلَ مَظْلُوماً فَقَدْ جَعَلْنَا لِوَلِيِّهِ سُلْطَاناً﴾ [الإسراء:٣٣] من غير فصل بين قتيل وقتيل، ونفس ونفس، ومظلوم ومظلوم؛ فمن ادعى التخصيص والتقييد، فعليه الدليل.

وقوله ـ سبحانه وتعالى عز من قائل ـ: ﴿وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَاةٌ﴾ [البقرة:١٧٩] وتحقيق معنى الحياة في قتل المسلم بالذمي أبلغ منه في قتل المسلم بالمسلم؛ لأن العداوة الدينية تحمله على القتل خُصُوصاً عند الغضب، ويجب عليه قتله لغرمائه، فكانت الحاجة إلى الزاجر أَمسَّ؛ فكان في شرع القصاص فيه في تحقيق معنى الحياة ـ أبلغ. وروى محمد بن الحسن ـ رحمهما الله ـ بإسناده عن رَسُول الله ـ ﷺ ـ أنه أقاد مؤمناً بكافر، وقال عليه الصلاة والسلام: «**أَنَا أَحَقُّ مَنْ وَفَّىٰ ذِمَّتَهُ**»[(٢)] وأما الحديث: فالمراد منه: الكافر المستأمن، لأنه

---

(١) أخرجه أبو داود (٤/ ٦٧٠) كتاب الديات: باب إيقاد المسلم بالكافر حديث (٤٥٣١) والترمذي (٤/ ٢٥) كتاب الديات باب دية الكافر حديث (١٤١٣) وابن ماجة (٢/ ٨٨٧) كتاب الديات: باب لا يقتل مسلم بكافر حديث (٢٦٥٩) وأحمد (٢/ ١٩٤) والبيهقي (٨/ ٢٩ ـ ٣٠) كتاب الجنايات باب لا قصاص باختلاف الدينين كلهم من طريق عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده به.
وقال الترمذي: حديث حسن.

(٢) أخرجه عبد الرزاق (١٠/ ١٠١) رقم (١٨٥١٤) وابن أبي شيبة (٩/ ٢٩٠) وأبو داود في «المراسيل» (ص ـ ٢٠٧) رقم (٢٥٠) والدارقطني (٣/ ١٣٥) كتاب الحدود والديات: حديث (١٦٦، ١٦٧) وفي «غرائب مالك» كما في «التعليق المغني» (٣/ ١٣٦) والطحاوي في «شرح معاني الآثار» (٣/ ١٩٥) كتاب الجنايات: باب المؤمن يقتل الكافر متعمداً، والبيهقي (٨/ ٣٠ ـ ٣١) كتاب الجنايات: باب ضعف الخبر في قتل المؤمن بالكافر، من طرق عن ربيعة بن أبي عبد الرحمن عن عبد الرحمن بن البيلماني أن النبي ﷺ أتى برجل من المسلمين قد قتل معاهداً من أهل الذمة فأمر به فضرب عنقه وقال: أنا أحق من وفى بعهده.
وقد أعله الطحاوي بالإرسال.

قال ـ عليه الصلاة والسلام: «لاَ يُقْتَلُ مُؤْمِنٌ بِكَافِرٍ، وَلاَ ذُو عَهْدٍ فِي عَهْدِهِ»[1] عطف قوله:

= وقد جاء هذا الحديث موصولاً.
أخرجه الدارقطني (٣/ ١٣٥) كتاب الحدود والديات حديث (١٦٥) والبيهقي (٨/ ٣٠) كتاب الجنايات: باب ضعف الخبر في قتل المؤمن بالكافر، من طريق عمار بن مطر ثنا إبراهيم بن محمد الأسلمي عن ربيعة بن أبي عبد الرحمن عن عبد الرحمن بن البيلماني عن ابن عمر أن رسول الله ﷺ قتل مسلماً بمعاهد وقال: أنا أكرم من وفى بذمته.
قال الداقطني: لم يسنده غير إبراهيم بن أبي يحيى وهو متروك الحديث والصواب عن ربيعة عن ابن البيلماني مرسل عن النبي ﷺ وابن البيلماني ضعيف لا تقوم به حجة إذا وصل الحديث فكيف بما يرسله وقال البيهقي: هذا خطأ من وجهين أحدهما وصله بذكر ابن عمر فيه وإنما هو ابن البيلماني عن النبي ﷺ مرسلاً، والآخر روايته عن إبراهيم عن ربيعة، وإنما يرويه إبراهيم عن محمد بن المنكدر والحمل فيه على عمار بن مطر الرهاوي فقد كان يقلب الأسانيد ويسرق الأحاديث حتى كثر ذلك من رواياته وسقط عن حد الاحتجاج به، ورواية إبراهيم عن محمد بن المنكدر والتي أشار إليها البيهقي أخرجها الشافعي (٢/ ١٠٥) كتاب الديات حديث (٣٥٠) والبيهقي (٨/ ٣٠) كتاب الجنايات: باب ضعف الخبر في قتل المؤمن بالكافر من طريق إبراهيم بن يحيى عن محمد بن المنكدر عن عبد الرحمن بن البيلماني به.
وحديث شاهدان مرسلان من حديث محمد بن المنكدر وعبد الله بن عبد العزيز بن صالح الحضرمي.
مرسل محمد بن المنكدر.
أخرجه الطحاوي في «شرح معاني الآثار» (٣/ ١٩٥) كتاب الجنايات: باب المؤمن يقتل الكافر متعمداً، من طريق يحيى بن سلام عن محمد بن أبي حميد عن محمد بن المنكدر عن النبي ﷺ مرسلاً بمثل حديث ابن البيلماني.
وهذا إسناد ضعيف جداً.
محمد بن أبي حميد قال البخاري في «التاريخ الصغير» (٢/ ١٦٩): منكر الحديث وذكره الذهبي في «المغني» (٢/ ٥٧٣) رقم (٥٤٤٩) وقال؛ ضعيف لا من قبل الحفظ قال يعقوب بن شيبة: كثير المناكير، وقال البخاري: فيه نظر، وقال أبو زرعة: يكذب، وقال النسائي: ليس بثقة، وقال صالح جزرة: ما رأيت أحذق بالكذب منه من ابن الشاذكوني. اهـ.
ويحيى بن سلام ضعفه الدارقطني ينظر المغني (٢/ ٧٣٦) رقم (٦٩٧٦).
مرسل عبد الله بن عبد العزيز بن صالح الحضرمي.
أخرجه أبو داود في «المراسيل» (ص ـ ٢٠٨) رقم (٢٥١) من طريق ابن وهب عن عبد الله بن يعقوب حدثنا عبد الله بن عبد العزيز بن صالح الحضرمي قال: قتل رسول الله ﷺ يوم خيبر مسلماً بكافر قتله غيلة وقال: «أنا أولى أو أحق من وفى بذمته».
قال الزيلعي في «نصب الراية» (٤/ ٣٣٦): قال ابن القطان في «كتابه» وعبد الله بن يعقوب وعبد الله بن عبد العزيز هذان مجهولان ولم أجد لهما ذكراً اهـ. قال الحازمي في «الاعتبار في الناسخ والمنسوخ» (ص ١٩٢ ـ ١٩٣): قال الشافعي: حديث ابن البيلماني على تقدير ثبوته منسوخ بقوله عليه السلام في زمن الفتح: لا يقتل مسلم بكافر.
والحديث ذكره الألباني في «سلسلة الأحاديث الضعيفة» (١/ ٤٧١) رقم (٤٦٠) وقال: منكر.

(١) تقدم.

«ولا ذو عهد في عهده» على «المسلم»؛ فكان معناه: لا يقتل مؤمن بكافر، ولا ذو عهد به، ونحن به نقول، أو نحمله على هذا؛ توفيقاً بين الدلائل؛ صيانة لها عن التناقض.

وأما قوله: «في عصمته شبهة العدم» - ممنوع، بل دمه حرام لا يحتمل الإباحة بحال مع قيام الذمة بمنزلة دم المسلم مع قيام الإسلام.

وقوله: «الكفر مبيح على الإطلاق» - ممنوع، بل المبيح هو الكفر الباعث على الحراب، وكفره ليس بباعث على الحراب؛ فلا يكون مبيحاً.

وقوله: «لا مساواة بين مسلم والكافر» - قلنا: المساواة في الدين ليس بشرط؛ ألا ترى أن الذمي إذا قتل ذميًا، ثم أسلم القاتل يقتل به قصاصاً، ولا مساواة بينهما في الدين، لكن القصاص محنة امتحنوا بنا الخلق بذلك؛ فكل من كان أقبل بحق الله - تعالى - وأشكر لنعمه كان أولى بهذه المحنة؛ لأن العذر له في ارتكاب المحذور أقل؛ وهو بالوفاء بعهد الله - تعالى - أولى، ونعم الله تعالى في حقه أكمل؛ فكانت جنايته أعظم.

واحتج في قتل الحر بالعبد؛ بقول الله - تبارك وتعالى -: ﴿الحُرُّ بِالحُرِّ وَالعَبْدُ بِالعَبْدِ﴾ [البقرة: ١٧٨]وفسر القصاص المكتوب في صدر الآية بقتل الحر بالحر والعبد بالعبد؛ فيجب ألاَّ يكون قتل الحر بالعبد قصاصاً؛ ولأنه لا مساواة بين النفسين في العصمة لوجهين:

أحدهما: أن الحر آدمي من كل وجه، والعبد آدمي من وجه، مال من وجه، وعصمة الحر تكون له، وعصمة المال[1] تكون للمالك.

والثاني: أن في عصمة العبد شبهة العدم؛ لأن الرق أثر الكفر، والكفر مبيح في الأصل؛ فكان في عصمته شبهة العدم، وعصمة الحر تثبت مطلقة؛ فأنى يستويان في العصمة؟! وكذا لا مساواة بينهما في الفضيلة والكمال؛ لأن الرق يشعر بالذل والنقصان، والحرية/ تنبىء عن العزة والشرف. ٣/ ١٢٠أ

ولنا: عموماتُ القصاص من غير فصل بين الحر والعبد؛ ولأن ما شرع له القصاص؛ وهو الحياة لا يحصل إلا بإيجاب القصاص على الحر بقتل العبد؛ لأن حصوله يقف على حصول الامتناع عن القتل؛ خوفاً على نفسه؛ فلو لم يجب القصاص بين الحر والعبد، لا يخشى الحر تلف نفسه بقتل العبد؛ فلا يمتنع عن قتله، بل يقدمه عليه عند أسباب حاملة على القتل من الغيظ المفرط، ونحو ذلك؛ فلا يحصل معنى الحياة، ولا حجة له في الآية؛ لأن فيها أن قتل الحر بالحر والعبد بالعبد قصاص، وهذا لا ينفي أن يكون قتل الحر بالعبد قصاصاً، لأن التنصيص لا يدل على التخصيص.

---

(١) في أ: العبد

ونظيره: قوله ـ عليه الصلاة والسلام ـ: «**الْبِكْرُ بِالْبِكْرِ؛ جَلْدُ مِائَةٍ، وَتَغْرِيبُ عَامٍ، وَالثَّيِّبُ بِالثَّيِّبِ؛ جَلْدُ مِائَةٍ، وَرَجْمٌ بِالْحِجَارَةِ**»(١) ثم البكر إذا زنى بالثيب وجب الحكم الثابت بالحديث؛ فدل أنه ليس في ذكر شكل بشكل تخصيص الحكم به؛ يدل عليه أن العبد يقتل بالحر، والأنثى بالذكر، ولو كان التنصيص على الحكم في فرع موجباً تخصيص الحكم به، لما قتل.

ثم قوله تعالى: ﴿وَالأُنثَىٰ بِالأُنثَىٰ﴾ [البقرة:١٧٨] حجة عليكم؛ لأنه قاتل الأنثى بالأنثى مطلقاً؛ فيقتضي أن تقتل الحرة بالأمة، وعندكم لا تقتل؛ فكان حجة عليكم.

وقوله: «العبد آدمي من وجه، مال من وجه». قلنا: لا، بل آدمي من كل وجه؛ لأن الآدمي اسم لشخص على هيئة مخصوصة، منسوب إلى سيدنا آدم ـ عليه الصلاة والسلام ـ، والعبد بهذه الصفة، فكانت عصمته مثل عصمة الحر، بل فوقها، على أن نفس العبد في الجناية له لا لمولاه، بدليل أن العبد لو أقر على نفسه بالقصاص والحد، يؤخذ به.

ولو أقر عليه مولاه بذلك، لا يؤخذ به؛ فكان نفس العبد في الجناية له، لا للمولى؛ كنفس الحر للحر.

وأما قوله: الحر أفضل من العبد فنعم، لكن التفاوت في الشرف والفضيلة لا يمنع وجوب القصاص، ألا ترى أن العبد لو قتل عبداً، ثم أعتق القاتل يقتل به قصاصاً، وإن استفاد فضل الحرية.

وكذا الذكر يقتل بالأنثى، وإن كان الذكر أفضل من الأنثى.

وكذا لا تشترط المماثلة في العدد في القصاص في النفس، وإنما تشترط في الفعل بمقابلة الفعل زجراً، وفي الفائت بالفعل جبراً؛ حتى لو قتل جماعة واحداً، يقتلون به قصاصاً وإن لم يكن بين الواحد والعشرة مماثلة؛ لوجود المماثلة في الفعل، والفائت به زجراً وجبراً؛ على ما نذكره؛ إن شاء الله تعالى.

وأحق ما يجعل فيه القصاص إذا قتل الجماعة الواحد؛ لأن القتل لا يوجد عادة إلا على سبيل التعاون والاجتماع، فلو لم يجعل فيه القصاص لانسدَّ باب القصاص:(٢) إذ كل مَنْ رَامَ

---

(١) تقدم.

(٢) إذا قتل الجماعة واحداً عمداً وجب القصاص من جميعهم.
وهو قول الجمهور، وروي عن عمرو وعلي والمغيرة وابن عباس رضي الله عنهم، وقال به سعيد بن المسيب والحسن وعطاء وقتادة ـ رحمهم الله تعالى.
وإليه ذهب أبو حنيفة ومالك والشافعي وأحمد ـ رحمهم الله تعالى.
ويروى عن ابن الزبير والزهري أنه يقتل واحد منهم ويؤخذ من الباقين حصصهم من الدية: ويروى عن الإمام أحمد وابن الزبير وابن سيرين والزهري أيضاً أنه إذا قتل الجماعة واحد فليس عليهم قصاص.

قتل غيره، استعان بغير يضمه إلى نفسه؛ ليبطل القصاص عن نفسه، وفيه تفويت ما شرع له القصاص؛ وهو الحياة.

هذا إذا كان القتل على الاجتماع، فأما إذا كان على التعاقب؛ بأن شق رجل بطنه، ثم حز آخر رقبته ـ فالقصاص على الحاز إن كان عمداً، وإن كان خطأً، فالدية على عاقلته؛ لأنه هو القاتل لا الشاق؛ ألا ترى أنه قد يعيش بعد شق البطن؛ بأن يخاط بطنه، ولا يحتمل أن يعيش بعد حز رقبته عادة، وعلى الشاق أرش الشق؛ وهو ثلث الدية؛ لأنه جائفة.

وإن كان الشق نفذ من الجانب الآخر، فعليه ثلثا الدية في سنتين، في كل سنة ثلث الدية؛ لأنهما جائفتان؛ هذا إذا كان الشق مما يحتمل أن يعيش بعده يوماً، أو بعض يوم، فأما إذا كان لا يتوهم ذلك، ولم يَبْقَ معه إلا غمرات الموت والاضطراب ـ فالقصاص على الشاق؛ لأنه القاتل، ولا ضمان على الحاز؛ لأنه قتل المقتول من حيث المعنى، لكن يعزر لارتكابه جناية ليس لها حد مقدر. وكذلك لو جرحه رجل جراحة مثخنة، لا يعيش معها عادة، ثم جرحه آخر جراحة أخرى ـ فالقصاص على الأول؛ لأنه القاتل لإتيانه بفعل مؤثر في فوات الحياة عادة، فإن كانت الجراحتان معاً، فالقصاص عليهما؛ لأنهما قاتلان.

ولو جرحه أحدهما جراحة واحدة، والآخر عشر جراحات ـ فالقصاص عليهما، ولا عبرة بكثرة الجراحات؛ لأن الإنسان قد يموت بجراحة واحدة، ولا يموت بجراحات كثيرة، والله ـ سبحانه وتعالى ـ أعلم، وكذلك الواحد يقتل بالجماعة قصاصاً؛ اكتفاء، ولا يجب مع القَوَدِ شيء من المال عندنا.

وقال الشافعي ـ رحمه الله ـ: ينظر إن قتلهم على التعاقب يقتل بالأول قصاصاً، وتؤخذ ديات الباقين من تركته، وإن قتلهم معاً، فله فيه قولان: في قول: يقرع بينهم؛ فمن خرجت قرعته يقتل، وتجب الدية للباقين. وفي قول: يجتمع أولياء القتلى، فيقتلونه، وتقسم ديات الباقين بينهم.

وجه قوله: إن المماثلة مشروطة في باب القصاص، ولا مماثلة بين الواحد والجماعة؛ فلا يجوز أن يقتل الواحد بالجماعة على طريق الاكتفاء به؛ فيقتل/ الواحد بالواحد، وتجب الديات للباقين؛ كما لو قطع واحد يميني رجلين، أنه لا يقطع بهما اكتفاء، بل يقطع بإحداهما، وعليه أرش الأخرى؛ لما قلنا؛ كذا هذا. وكان ينبغي ألاَّ يقتل الجماعة بالواحد قصاصاً؛ إلا أنا عرفنا ذلك بإجماع الصحابة ـ رضي الله تعالى عنهم ـ غير معقول أو معقولاً بحكمة الزجر والردع؛ لما يغلب وجود القتل بصفة الاجتماع، فتقع الحاجة إلى الزجر، فيجعل كل واحد منهم قاتلاً على الكمال؛ كأن ليس معه غيره؛ تحقيقاً للزجر، وقتل الواحد الجماعة لا يغلب وجوده، بل يندر؛ فلم يكن في معنى ما ورد الشرع به؛ فلا يلحق به. وإنا نقول:

٣/٢٠ب

حق الأولياء في القتل مقدور الاستيفاء لهم. فلو أوجبنا معه المال، لكان زيادة على القتل، وهذا لا يجوز.

والدليل على أن القتل مقدور الاستيفاء لهم ـ: أن التماثل في باب القصاص: إما أن يراعى في الفعل زجراً، وإما أن يراعى في الفائت بالفعل جبراً، وإما أن يراعى فيهما جميعاً، وكل ذلك موجود ههنا.

أما في الفعل زجراً: فلأن الموجود من الواحد في حق كل واحد من الجماعة فعل مؤثر في فوات الحياة عادة، والمستحق لكل واحد من أولياء القتلى قبل القاتل قتله، فكان الجزاء مثل الجناية، وأما في الفائت جبراً: فلأنه بقتله الجماعة ظلماً، انعقد سبب هلاك ورثة القتلى؛ لأنهم يقصدون قتله، طلباً للثأر، وتشفياً للصدر، فيقصد هو قتلهم، دفعاً للهلاك عن نفسه؛ فتقع المحاربة بين القبيلتين، ومتى قتل منهم قصاصاً سكنت الفتنة، واندفع سبب الهلاك عن ورثتهم، فتحصل الحياة لكل قتيل معنى ببقاء حياة ورثته بسبب القصاص؛ فيصير كأن القاتل رد[1] حياة كل قتيل تقديراً بدفع سبب الهلاك عن ورثته؛ فيتحقق الجبر بالقدر الممكن؛ كما في قتل الواحد بالواحد، والجماعة بالواحد من غير تفاوت.

وأما الذي يرجع إلى نفس القتل ـ فنوع واحد؛ وهو أن يكون القَتْلُ مباشرة؛ فإن كان تسبيباً لا يجب القِصَاصُ؛ لأن القتل تسبيباً لا يساوي القتل مباشرة، والجزاء قتل بطريق المباشرة. وعلى هذا يخرج من حفر بئراً على قارعة الطَّرِيقِ؛ فوقع فيها إنسان ومات؛ أنه لا قصاص على الحافر؛ لأن الحفر قتل سبباً لا مباشرة؛ وعلى هذا يخرج شهود القصاص إذا رجعوا بعد قتل المشهود عليه، أو جاء المشهود بقتله حياً؛ أنه لا قِصَاصَ عليهم عندنا، خلافاً للشافعي ـ رحمه الله ـ.

وجه قوله: إن شهادة الشهود وقعت قتلاً؛ لأن القتل اسم لفعل مؤثر في فوات الحياة عادة، وقد وجد من الشهود؛ لأن شهادتهم مؤثرة في ظهور القِصَاصِ، والظهور مؤثر في وجوب القضاء على القاضي، وقضاء القاضي مؤثر في ولاية الاستيفاء، وولاية الاستيفاء مؤثرة في الاستيفاء طبعاً وعادة، فكانت فوات الحياة بهذه الوسائط مضافةً إلى الشهادة السابقة؛ فكانت شهادتهم قتلاً تسبيباً، والقتل تسبيباً مثل القتل مباشرةً في حق وجوب القصاص، كالإكراه على القتل؛ أنه يوجب القصاص على المكره، وإن لم يكن قتلاً بطريق المباشرة؛ لوقوعه قتلاً بطريق التسبيب؛ كذا هذا. ولنا ما ذكرنا؛ أن القتل تسبيباً لا يساوي القتل مباشرةً؛ لأن القتل تسبيباً قتل معنى لا صورة، والقتل مباشرةً قتل صورة ومعنى، والجزاء قتل مباشرة؛

(١) في ط: دخر.

بخلاف الإكراه على القتل؛ لأنه قتل مباشرة؛ لأنه يجعل المكره آلة المكره؛ كأنه أخذه وضربه على المكره على قتله، والفعل لمستعمل الآلة لا للآلة؛ فكان قتلاً مباشرة، ويضمنون الدية؛ لوجود القتل منهم، وهل يرجعون بها على الولي؟

اختلف أصحابنا الثلاثة فيه: قال أبو حنيفة ـ عليه الرحمة ـ: لا يرجعون، وعندهما يرجعون. لهما: أن الشهود بأداء الضمان قاموا مقام المقتول في ملك بدله إن لم يقوموا مقامه في ملك عينه، فأشبه غاصب المدبر إذا غصب منه؛ فمات في يد الغاصب الثاني؛ أن للأول أن يرجع على الثاني بما ضمنه المالك؛ لما ذكرنا؛ كذا هذا.

ولأبي حنيفة ـ رحمه الله ـ أن الدية بدل النفس، ونفس الحر لا يحتمل التملك؛ فلا يثبت الملك لهم في البدل؛ بخلاف المدبر؛ لأنه محتملٌ للتملك؛ لكونه قاتلاً، إلا أنه امتنع ثبوت الملك فيه لمعارض؛ وهو التدبير، فيثبت في بدله؛ والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب.

وأما الذي يرجع إلى ولي القتيل ـ فواحد أيضاً، وهو أن يكون المولى معلوماً، فإن كان مجهولاً لا يجب القصاص؛ لأن وجوب القصاص وجوب للاستيفاء، والاستيفاء من المجهول متعذرٌ؛ فتعذر الإيجاب له. وعلى هذا يخرج ما إذا قتل المكاتب، وترك وفاء، وورثة أحراراً غير المولى؛ أنه لا قصاص على القاتل بالإجماع، لأن المولى مشتبه، يحتمل أن يكون هو الوارث، ويحتمل أن يكون هو المولى؛ لاختلاف الصحابة الكرام ـ رضي الله عنهم ـ في موته حرًا أو عبداً. فإن مات حرًا كان وليه الوارث، وإن مات عبداً/ كان وليه المولى، وموضع الاختلاف موضع التعارض والاشتباه؛ فلم يكن المولى معلوماً، فامتنع الوجوب، وإن اجتمعا ليس لهما أن يستوفيا؛ لأن الاشتباه لا يزول بالاجتماع. ٣/ ١٢١أ

هذا إذا ترك وفاء وورثة غير المولى؛ فأما إذا ترك وفاء، ولم يترك ورثة غير المولى، فقد اختلف أصحابنا فيه: عندهما يجب القصاص للمولى، وعند محمد لا يجب القصاص أصلاً؛ وهو رواية عن أبي يوسف أيضاً.

وجه قول محمد: أنه وقع الاشتباه في سبب ثبوت الولاية؛ لأنه إن مات حُرًا، كان سبب ثبوت الولاية القرابة؛ فلا تثبت الولاية للمولى، وإن مات عبداً كان السبب هو الملك؛ فتثبت الولاية للمولى؛ فوقع الاشتباه في ثبوت الولاية، فلا تثبت. ولهما أن من له الحق متعين غير مشتبه؛ لأن الاشتباه موجب المزاحمة، ولم يوجد ولو قتل ولم يترك وفاء، وجب القصاص بالإجماع؛ لأن المولى معلوم وهو المولى؛ لأنه يموت رقيقاً، بلا خلاف؛ فكان القصاص للمولى كالعبد القن إذا قتل، وكذلك المدبر والمدبرة وأم الولد وولدها بمنزلة العبد القنِّ؛ لأنهم قتلوا على ملك المولى؛ فكان الولي معلوماً.

ولو قتل عبد المكاتب، فلا قصاص؛ لأن المكاتب له نوع ملك، وللمولى أيضاً فيه نوع ملك، فاشتبه المولى فامتنع الوجوب. وعلى هذا يخرج ما إذا قطع رجل يد عبد، فأعتقه مولاه، ثم مات من ذلك؛ أنه إن كان للعبد وارث حر غير المولى، فلا قصاص؛ لاشتباه ولي القصاص؛ لأن القصاص يجب عند الموت مستنداً إلى القطع السابق، والحق عند القطع للمولى لا للورثة، وعند ثبوت الحكم وهو الوجوب؛ وذلك عند الموت الحق للوارث لا للمولى؛ فاشتبه المولى؛ فلم يجب القصاص.

ولو اجتمع المولى مع الوارث، فلا قصاص؛ لأن الاشتباه لا يزول باجتماعهما؛ فرق بين هذا وبين العبد الموصي برقبته لإنسان وبخدمته لآخر قتل واجتمعا؛ أنه يجب القصاص؛ لأن هناك لم يشتبه الولي؛ لأن لصاحب الرقبة ملكاً، ولصاحب الخدمة حقًّا يشبه الملك، فلم يشتبه الولي، وههنا اشتبه الولي؛ لأن وقت القطع لم يكن للوارث فيه حق، ووقت الموت لم يكن للمولى فيه حَقٌّ؛ فصار الولي مشتبهاً؛ فامتنع الوجوب، وإن لم يكن وارث سوى المولى، فهو على الاختلاف الذي ذكرنا؛ أن على قولهما للمولى أن يستوفي القصاص؛ لأن الحق له وقت القطع ووقت الموت، وعلى قول محمد: ليس له حَقُّ الاقتصاص؛ لاشتباه سبب الولاية؛ لأن الثابت للمولى وقت القطع كان ولاية الملك، وبعد الموت له ولاية [ولاء][1] العتاقة؛ فاشتبه سبب الولاية.

هذا إذا كان القطع عمداً، فأما إذا كان خطأً فأعتقه، ثم مات من ذلك - فلا شيء على القاطع غير أرش اليد؛ وهو نصف قيمة العبد، وإعتاقه إياه بمنزلة برئه في اليد؛ لتبدل المحل حكماً بالإعتاق؛ فتنقطع آية السراية. هذا إذا أعتقه المولى بعد القطع عمداً أو خطأً، فمات من ذلك، فأما إذا لم يعتقه، ولكنه دبره، أو كانت أمة فاستولدها، ثم مات من ذلك، فإن كان القطع عمداً، فللمولى القصاص؛ لأن الحق له وقت القطع والموت جميعاً؛ فلم يشتبه الولي. وإن كان خطأً، لا تنقطع السراية؛ فيجب نصف القيمة دية اليد، ويجب ما نقص بعد الجناية قبل الموت؛ لحصول ذلك في ملك المولى.

ولو كاتبه والمسألة بحالها، فإن كان القطع عمداً، ينظر إن مات عاجزاً؛ فللمولى القصاص؛ لأنه مات عبداً، وإن مات عن وفاء، فإن كان له وارث يحجب المولى، أو يشاركه لا يجب القصاص؛ لاشتباه الولي، وعليه أرش اليد لا غير. ولو لم يكن له وَارِثٌ غير المولى، فللمولى أن يقتص عندهما، وعند محمد ليس له أن يقتص، وعليه أرش اليد، وإن كان القطع خطأً لا شيء على القاطع إلا أرش اليد، وهو نصف القيمة للمولى، وتنقطع السراية.

---

(١) سقط من ط.

هذا إذا كان القطع قبل الكتابة، فإن كان بعدها فمات؛ فإن كان القطع عمداً، ينظر إن مات عاجزاً، فللمولى أن يقتص؛ لأنه مات عبداً، وإن مات عن وفاء، فإن كان مع المولى وارث آخر أو غيره يشاركه في الميراث - فلا قِصَاصَ لاشتباه الولي، وإن لم يكن له وارثٌ غير المولى، فعلى الاختلاف الذي ذكرنا، وإن كان القطع خطأ، فإن مات عاجزاً فالقيمة للمولى؛ لأنه مات عبداً، وإن مات عن وفاء، فالقيمة للورثة؛ لأنه مات حُرًّا، والله سبحانه وتعالى أعلم.

فصل كيفية وجوب القصاص

وأما كيفية وجوب القصاص: فهو أنه واجب عيناً؛ حتى لا يملك الولي أن يأخذ الدية من القاتل من غير رضاه. ولو مات القاتل أو عفا الولي، سقط الموجب أصلاً؛ وهذا عندنا وللشافعي - رحمه الله - قولان: في قول القصاص: ليس بواجب عيناً، بل الواجب أحد الشيئين/ غير عين: إما القصاص، وإما الدية. وللولي خيار التعيين، إن شاء استوفى القصاص، وإن شاء أخذ الدية من غير رضا القاتل؛ فعلى هذا القول إذا مات القاتل يتعين المال واجباً، فإذا عفا الولي، سقط[1] الموجب أصلاً، وفي قول القصاص واجب عيناً، لكن للولي أن يأخذ المال من غير رضا القاتل، وإذا عفا له أن يأخذ المال، وإذا مات القاتل، سقط الموجب أصْلاً[2].

٣/ ٢١ب

احتج بقوله تعالى: ﴿فَمَنْ عُفِيَ لَهُ مِنْ أَخِيهِ شَيْءٌ فَاتِّبَاعٌ بِالمَعْرُوفِ وَأَدَاءٌ إِلَيْهِ بِإِحْسَانٍ﴾ [البقرة:١٧٨] معناه: فليتبع، وليؤد الدية[3].

---

(١) في أ: يسقط.

(٢) اختلف العلماء رحمهم الله تعالى في موجب القتل العمد على قولين: -.
القول الأول: أن موجب القتل العمد هو أحد شيئين القصاص أو الدية، وأن الخيرة في ذلك لأولياء المقتول.
وهو قول الجمهور، وقال به سعيد بن المسيب وابن سيرين وعطاء ومجاهد وإسحاق وبه قال مالك في رواية أشهب، وهو قول عند الشافعية والرواية المشهورة عن الامام أحمد، وعليه الحنابلة.
القول الثاني: موجب القتل العمد القصاص عينا، وليس للولي أخذ الدية إلا برضا الجاني.
وهو مذهب الحنفية، وقال به مالك في رواية ابن القاسم وروى عن «الحسن والنخعي والثوري».

(٣) فقد ورد عن ابن عباس رضي الله تعالى عنهما في معناها أنه قال (كانت في بني إسرائيل قصاص ولم تكن فيهم الدية، فقال الله لهذه الأمة ﴿كتب عليكم القصاص في القتلى﴾ إلى هذه الآية ﴿فمن عفي له من أخيه شيء...﴾ قال ابن عباس فالعفو أن يقبل الدية في العمد قال ﴿فاتباع بالمعروف﴾ أن يطلب بمعروف ويؤدي بإحسان رواه البخاري.
وجه الدلالة: أن الآية دلت على أن الدية تجب بالقتل العمد العدوان كما يجب القصاص وإن لم يرض القاتل بذلك.

=

....

= واعترض على ذلك فقال القائلون بأن موجب القتل العمد القود فقط، ولا تجب الدية إلا برضا القاتل، قالوا: إن الآية تصلح دليلاً لنا وليس لكم، وذلك من وجوه منها:
١ ـ أن الضمير في قوله (له) و(أخيه) يرجع إلى ولي المقتول. فيكون المعنى أن القاتل إذا أعطى الولي شيئاً من المال فليقبله وليتبعه بالمعروف، وليؤدّ القاتل إليه بإحسان فندبه تعالى إلى أخذ المال إذا سهل ذلك من جهة القاتل، وأخبر انه تخفيف منه ورحمة.
٢ ـ فلو كان الأمر على ما ادعيتموه لما قال ابن عباس رضي الله عنه في تفسيرها: «العفو أن يقبل الدية» لأن القبول لا يطلق إلا فيما بذله غيره، ولو لم يكن أراد ذلك لقال إذا اختار الولي فثبت بذلك أن المعنى كان عند جواز تراضيهما على أخذ الدية.
٣ ـ أن قوله: ﴿فمن عفي له من أخيه شيء﴾ أي فمن فضل له على أخيه شيء فليؤده بالمعروف يؤيد هذا أن سبب نزول الآية قتال كان بين حيين من العرب فارتفعوا إلى النبي ﷺ فاصطلحوا على الديات ففضل لأحد الحيين على الآخر فهو قوله تعالى في هذه الآية ﴿كتب عليكم القصاص﴾ إلى قوله ﴿فمن عفي له من أخيه شيء. . .﴾ فتقدير الآية على هذا فمن فضل له على أخيه شيء من الديات التي وقع الاصطلاح عليها فليتبعه مستحقه بالمعروف وليؤدوا إليه بإحسان».
واستدلوا من السنة بأحاديث كثيرة تدل على أن موجب القتل العمد أحد شيئين القصاص أو الدية واختيار أحدهما راجع إلى أولياء المقتول.
ومنها ما رواه البخاري عن أبي هريرة رضي الله عنه أنه عام فتح مكة قتلت خزاعة رجلاً من بني ليث بقتيل لهم في الجاهلية فقام رسول الله ﷺ، فقال: ﴿إن الله حبس عن مكة الفيل. . .﴾ ومن قتل له قتيل فهو بخير النظرين، أما يؤدى وإما يقاد).
ومن أدلة السنة كذلك حديث أبي شريح الكعبي قال رسول الله ﷺ «فمن قتل له بعد مقالتي هذه قتيل فأهله بين خيرتين أن يأخذوا العقل أو يقتلوا». رواه أبو داود والترمذي.
ودل الحديثان بمنطوقهما على أن موجب القتل العمد إما القصاص وإما الدية، وأن الخيار في ذلك لولي الدم إن شاء اقتص وإن شاء أخذ الدية بدون رضا القاتل، وهما حديثان صحيحان صريحان فلا يذهب إلى غيرهما.
ونوقش هذا الاستدلال، بأن حديث أبي هريرة رضي الله عنه ورد في رواية أخرى بلفظ «إما أن يقاد وإما أن يفادى أهل القتيل».
وعلى هذا فليس للولي إلا القود، أو الفدية على مال برضا الجاني لأن المفاداة لا تكون إلا من اثنين.
وأجيب عنها بأن هذا المعنى صحيح ونحن متفقون معكم فيه، وذلك فيما إذا اتفق أولياء القتيل والقاتل على فداء القاتل بأكثر من الدية.
ولكن الصحيح في هذا الحديث رواية «إما أن يؤدي أو يقاد» فوجب الذهاب إلى الرواية الصحيحة.
واستدلوا بما ورد في كتاب عمرو بن حزم ـ رضي الله عنه «ومن اعتبط مؤمناً قتلاً عن بينة فهو قود إلا أن يرضى أولياء المقتول».
وجه الدلالة: قال الشوكاني: «فمن قتل مؤمناً وقامت عليه البينة بالقتل وجب عليه القود إلا أن يرضى أولياء المقتول بالدية، أو يقع منهم العفو». فدل الحديث بمنطوقه على أن الرضا والخيرة لأولياء المقتول. ودل بمفهومه على أن القاتل ليس له خيار ولا رضا. =

أوجب ـ سبحانه وتعالى ـ على القاتل أداء الدية إلى الولي مطلقاً عن شرط الرضا، لأن أداء الدية صيانة النفس عن الهلاك؛ وإنه واجب؛ قال الله ـ تعالى جل شأنه ـ: ﴿وَلاَ تُلْقُوا بِأَيْدِيكم إِلَى التَّهْلُكَةِ﴾ [البقرة:١٩٥] ولأن ضمان القتل يجب حقًّا للمقتول؛ لأن الجناية وردت على حقه؛ فكان الواجب بها حقًّا له، وحق العبد ما ينتفع به، والمقتول لا ينتفع بالقصاص، وينتفع بالمال؛ لأنه تقضي منه ديونه، وتنفذ منه وَصَاياه، وكان ينبغي ألاَّ يشرع القصاص أصلاً، إلا أنه شرع لحكمة الزجر؛ لأن الإنسان لا يمتنع من قتل عدوه؛ خَوْفاً من لزوم المال؛ فشرع ضماناً زاجراً، كان ينبغي أن يجمع بينهما؛ كما في شرب خمر الذمي، إلا أنه تعذر الجمع؛ لأن الدية بدل النفس، وفي القصاص معنى البدلية؛ قال الله تبارك وتعالى: ﴿وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ﴾ [المائدة: ٤٥] والباء تستعمل في الإبدال؛ فتؤدي إلى الجمع بين البدلين؛ وهذا لا يجوز فخير بينهما.

ولنا: قوله تعالى: ﴿يَأَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ في الْقَتْلَى﴾ [البقرة:١٧٨] وهذا يفيد تعين القصاص موجباً، ويبطل مذهب الإبهام جميعاً.

أما الإبهام: فلأنه أخبر عن كون القصاص واجباً؛ فيصدق القول عليه بأنه واجب، وإن كان عليه أحد حقين، لا يصدق القول على أحدهما؛ بأنه واجب(١).

وأما التعيين: فلأنه إذا وجب القصاص على الإشارة إليه، بطل القَوْلُ بوجوب الدية بضرورة النص؛ لأنه لا يقابل بالجمع بينهما؛ فبطل القول باختيار الدية من غير رضا القاتل؛ ولأن القصاص إذا كان عين حقه، كانت الدية بدل حقه، وليس لصاحب الحق أن يعدل من غير الحق إلى بدله من غير رضا من عليه الحق؛ كمن عليه حنطة موصوفة؛ فأراد صاحق الحق أن يأخذ منه قيمتها من غير رضاه، ليس له ذلك؛ كذا هذا.

وقوله ـ عليه الصلاة والسلام: «**العَمْدُ قَوَدٌ**»(٢).

وَجْهُ الاستدلال به على نحو وجه الاستدلال بالآية الشريفة؛ ولأن ضمان العدوان الوارد

= واستدلوا من المعقول: بأن القتل العمد العدوان مضمون بالدية إذا سقط القصاص بعفو أحد مستحقيه بالاتفاق إذ تؤخذ الدية من الجاني وإن لم يرض، فمن باب أولى أن يكون الحكم فيما إذا عفي جميع المستحقين من غير إبراء، إذ لو كان القود هو للواجب دون الدية، لما جاز أن يطالب القاتل بالدية في حال ما إذا عفي أحد المستحقين.

(١) وجه الدلالة: أن الله كتب القصاص ـ أي ـ وجب ولزم وتحتم فيكون الواجب حينئذٍ بالقتل العمد العدوان هو القصاص عينا، إذ أنه ما يجب بالقتل العمد بمقتضى هذه الآية إذ أنه لم يذكر غير القصاص، فلو كانت الدية واجبة كالقصاص لذكرها الله سبحانه وتعالى كما ذكر القصاص.

(٢) في ط: أوجب.

على حق العبد مقيد بالمثل والقصاص؛ وهو القتل الثاني مثل القتل الأول؛ لأنه ينوب مناب الأول، ويسد مسده، ومثل الشيء غيره الذي ينوب منابه، ويسد مسده، وأخذ المال لا ينوب مناب القتل، ولا يسد مسده؛ فلا يكون مثلاً له؛ فلا يصلح ضماناً للقتل العمد، وكان ينبغي ألاّ يجب أصلا، إلا أن الوجوب في قتل الخطأ ثبت شرعاً تخفيفاً على الخاطىء؛ نظراً له؛ إظهاراً لخطر الدم صيانة له عن الهدر، والعامد لا يستحق التخفيف، والصيانة تحصل بالقصاص؛ فبقي ضماناً أصليًا في الباب. وأما الآية الشريفة: فالمراد من قوله ـ سبحانه وتعالى: ﴿فَمَنْ عُفِيَ لَهُ مِنْ أَخِيهِ شَيْءٌ﴾ [البقرة: ١٧٨] هو الولي لا القاتل؛ لأنه قال تبارك وتعالى: ﴿فَمَنْ عُفِيَ لَهُ﴾ [البقرة:١٧٨] فليتبع وإنه أمر لمن دخل تحت كلمة «فمن»، ومعلوم أن القاتل لا يتبع أحداً، بل هو المتبع، وإنما المتبع هو الولي؛ فكان هو الداخل تحت كلمة «فمن»، فكان معنى الآية الكريمة: فمن بذل له، وأعطى له من أخيه شيء بطريق الفضل والسهولة؛ فليتبع بالمعروف، ويجوز استعمال لفظ العفو بمعنى الفضل لغة؛ قال الله ـ سبحانه وتعالى: ﴿وَيَسْئَلُونَكَ مَاذَا يُنْفِقُونَ قُلِ العَفْوُ﴾ [البقرة:٢١٩] أي: الفضل، وتقول العرب: خذ ما أتاك عفواً؛ أي فضلاً. ونحن به نقول: إنه يجوز أخذ المال من القاتل برضاه.

وقيل: الآية الشريفة نزلت في الصلح عن دَم العمد، وقيل: نزلت في دم بين نفر يعفو أحدهم عن القاتل، فللباقين أن يتبعوا بالمعروف في نصيبهم؛ لأنه قال ـ سبحانه وتعالى ـ: ﴿فَمَنْ عُفِيَ لَهُ مِنْ أَخِيهِ شَيْءٌ﴾ [البقرة:١٧٨]وهو العفو عن بعض الحق، ونحن به نقول أو وقع الاحتمال في المراد بالآية؛ فلا يصح الاحتجاج بها مع الاحتمال.

وقوله في دفع الدية: صيانة نفس القاتل عن الهلاك، وإنه واجب. قلنا: نعم، لكن قضيته أن يصير آثماً بالامتناع، لا أن يملك الولي أخذه من غير رضاه. كمن أصابته مخمصة، وعند صاحبه طعام يبيعه بمثل قيمته ـ يجب عليه أن يشتريه؛ دفعاً للهلاك عن نفسه، فإن امتنع عن الشراء ليس لصاحب الطعام أن يدفع الطعام إليه، ويأخذ الثمن من غير رضاه / ، كذا هذا. ٣/ ١٢٢أ

وقوله: المقتول لا ينتفع بالقصاص، قلنا: ممنوع، بل ينتفع به أكثر مما ينتفع بالمال؛ لأن فيه إحياءه بإبقاء ورثته إحياء؛ وهذا لا يحصل بالمال على ما عرف؛ والله تعالى أعلم.

فصل في بيان من يستحق القصاص

وأما بيان من يستحق القصاص: فنقول ولا قوة إلا بالله: المقتول لا يخلو: إما أن يكون حرًا، وإما أن يكون عبداً، فإن كان حرًا، لا يخلو؛ إما أن يكون له وارث، وإما أن لم يكن، فإن كان له وارث، فالمستحق للقصاص هو الوارث كالمستحق للمال؛ لأنه حق ثابت،

---

(١) في ط: بإكفاء.

والوارث أقربُ النَّاس إلى الميت؛ فيكون له، ثم إن كان الوارث واحداً استحقه، وإن كان جماعة استحقوه؛ على سبيل الشركة؛ كالمال الموروث عنه.

وجه قولهما في تمهيد هذا الأصل: أن القصاص موجب الجناية، وأنها وردت على المقتول، فكان موجبها حقًّا له، إلا أنه بالموت عجز عن الاستيفاء بنفسه، فتقوم الورثة مقامه بطريق الإرث عنه، ويكون مشتركاً بينهم، ولهذا تجري فيه سهام الورثة من النصف والثلث والسدس وغير ذلك؛ كما تجري في المال؛ وهذا آية الشركة.

ولأبي حنيفة ـ رضي الله عنه ـ: أن المقصود من القصاص ـ هو التشفي، وأنه لا يحصل للميت، ويحصل للورثة؛ فكان حقًّا لهم ابتداء، والدليل على أنه يثبت لكل واحد منهم على الكمال، كأن ليس معه غيره لا على سبيل الشركة ـ: أنه حق لا يتجزأ، والشركة فيما لا يتجزأ محال؛ إذ الشركة المعقولة هي أن يكون البعض لهذا، والبعض لذلك؛ كشريك الأرض والدار؛ وذلك فيما لا يتبعض محال. والأصل: أن ما لا يتجزأً من الحقوق إذا ثبت لجماعة، وقد وجد سبب ثبوته في حق كل واحد منهم يثبت لكل واحد منهم على سبيل الكمال؛ كأن ليس معه غيره؛ كولاية الإنكاح، وولاية الأمان.

وعلى هذا يخرج ما إذا قتل إنسان عمداً، وله وليان: أحدهما غائب، فأقام الحاضر البينة على القتل، ثم حضر الغائب؛ أنه يعيد البينة عنده، وعندهما لا يعيد[1]، ولا خلاف في أن القتل إذا كان خطأ لا يعيد، وكذلك الدين؛ بأن كان لأبيهما دَيْنٌ على إنسان.

ووجه البناء على هذا الأصل: أن عند أبي حنيفة لما كان القصاص حقًّا ثابتاً للورثة ابتداء، كان كل واحد منهما أجنبيًا عن صاحبه، فيقع إثبات البينة له لا للميت؛ فلا يكون خصماً عن الميت في الإثبات؛ فتقع الحاجة إلى إعادة البينة، ولما كان حقًّا موروثاً على فرائض الله ـ تبارك وتعالى ـ عندهما، والورثة خلفاؤه في استيفاء الحق ـ يقع الإثبات للميت، وكل واحد من آحاد الورثة خَصْمٌ عن الميت في حقوقه؛ كما في الدية والدين؛ فيصح منه إثبات الكل للميت، ثم يحلفونه؛ كما في المال.

ولو قتل إنسان، وله وليان وأحدهما غائب، وأقام القاتل البينة على الحاضر؛ أن الغائب قد عفا ـ فالشاهد خصم؛ لأن تحقق العفو من الغائب يوجب بطلان حق الحاضر عن القصاص؛ فكان القاتل مدعياً على الحاضر بطلان حقه، فكان خصماً له، ويقضي عليه، ومتى قضى عليه يصير الغائب مقضياً عليه تبعاً له؛ والله تعالى أعلم.

وإن لم يكن للقاتل بينة، لم يكن له أن يستحلف الحاضر؛ لأن الإنسان قد ينتصب

---

(١) في أ: لا يصدق.

خصماً عن غيره في إقامة البينة إما لا ينتصب خصماً عن غيره في اليمين وعلى هذا يخرج القصاص إذا كان بين صغير وكبير؛ أن للكبير ولاية الاستيفاء عنده، وعندهما ليس له ذلك؛ وينتظر بلوغ الصغير.

ووجه البناء عند أبي حنيفة ـ رحمه الله ـ لما كان القصاص حقًّا ثابتاً للورثة ابتداء؛ لكل واحد منهم على سبيل الاستقلال؛ لاستقلال سبب ثبوته في حق كل واحد منهم، وعدم تجزئه في نفسه ـ ثبت لكل واحد منهم على الكمال؛ كأن ليس معه غيره؛ فلا معنى لتوقف الاستيفاء على بلوغ الصغير.

وعندهما: لما كان حقًّا مشتركاً بين الكل، فأحد الشريكين لا ينفرد بالتصرف في محل مشترك بدون رضا شريكه؛ إظهاراً لعصمة المحل، وتحرزاً عن الضرر. والصحيح: أصل أبي حنيفة ـ رضي الله عنه ـ لما ذكرنا أن القصاص لا يحتمل التجزئة، والشركة في غير المتجزىء محال، وإنما تثبت الشركة إذا انقلب مالاً؛ لأن المال محل قابل للشركة؛ على أن أبا حنيفة إن سلم أن القصاص مشترك بين الصغير والكبير؛ فلا بأس بالتسليم؛ لأنه يمكن القتل بثبوت ولاية الاستيفاء للكبير في نصيبه بطريق الأصالة، وفي نصيب الصغير بطريق النيابة شرعاً؛ كالقصاص إذا كان بين إنسان وابنه الصغير، والجامع بينهما حاجتهما إلى استيفاء القصاص لاستيفاء النفس وعجز الصغير عن الاستيفاء بنفسه، وقدرة الكبير على ذلك، وكون تصرفه في النظر والشفقة / ٣/ ٢٢ب في حق الصغير مثل تصرف الصغير بنفسه لو كان أهلاً؛ ولهذا يلي الأب والجد استيفاء قصاص وجب كله للصغير؛ فهذا أولى.

ولأبي حنيفة ـ رحمه الله ـ إجماع الصحابة ـ رضي الله عنهم ـ فإنه روي؛ أنه لما جرح ابن ملجم ـ لعنه الله ـ علياً ـ كرم الله وجهه ـ فقال للحسن ـ رضي الله عنه ـ: إن شئت

(١) عبد الرحمن بن ملجم المرادي التدؤلي الحميري: فاتك ثائر، من أشداء الفرسان. أدرك الجاهلية. وهاجر في خلافة عمر، وقرأ على معاذ بن جبل فكان من القراء وأهل الفقه والعبادة. ثم شهد فتح مصر وسكنها فكان فيها فارس بني تدؤل. وكان من شيعة علي بن أبي طالب رضي الله عنه وشهد معه صفين. ثم خرج عليه، فاتفق مع «البرك» و«عمرو بن بكر» على قتل عليّ، ومعاوية، وعمرو بن العاص، في ليلة واحدة (١٧ رمضان) وتعهد البرك بقتل معاوية، وعمرو بن بكر بقتل عمرو بن العاص، وتعهد ابن ملجم بقتل علي، فقصد الكوفة واستعان برجل يدعى شبيباً الأشجعي، فلما كانت ليلة ١٧ رمضان كمنا خلف الباب الذي يخرج منه عليّ لصلاة الفجر، فلما خرج ضربه شبيب فأخطأه، فضربه ابن ملجم فأصاب مقدم رأسه، فنهض من في المسجد، فحمل عليهم بسيفه فأفرجوا له، وتلقاه المغيرة بن نوفل بقطيفة رمى بها عليه وحمله وضرب به الأرض وقعد على صدره. وفرشبيب. وتوفي عليّ رضي الله عنه من أثر الجرح. وفي آخر اليوم الثالث لوفاته أحضر ابن ملجم بين يدي الحسن فقال له: والله لأضربنك ضربة تؤديك إلى النار. فقال ابن ملجم: لو علمت أن هذا في يديك ما اتخذت إلهاً غيرك! ثم قطعوا يديه =

فاقتله، وإن شئت فاعف عنه، وإن تعفو خير لك، فقتله سيدنا الحسن ـ رضي الله عنه ـ وكان في ورثة سيدنا علي ـ رضي الله عنه ـ صغار.

والاستدلال من وجهين:

أحدهما: بقول سيدنا علي ـ رضي الله عنه ـ.

والثاني: بفعل سيدنا الحسن ـ رضي الله عنه ـ.

أما الأول؛ فلأنه خير سيدنا الحسن ـ رضي الله عنه ـ حيث قال: إن شئت فاقتله مطلقاً من غير التقييد ببلوغ الصغار.

وأما الثاني: فلأن الحسن ـ رضي الله عنه ـ قتل ابن ملجم ـ لعنه الله ـ ولم ينتظر بلوغ الصغار، وكل ذلك بمحضر من الصحابة الكرام ـ رضي الله عنهم ـ ولم ينقل أنه أنكر عليهما أحد؛ فيكون إجماعاً، وإن لم يكن له وارث، وكان له مولى العتاقة، وهو المعتق، فالمستحق للقصاص هو؛ لأن مولى العتاقة آخر العصبات، ثم إن كان واحداً استحق كله، وإن كانوا جماعة استحقوه.

وإن كان للمقتول وارث ومولى العتاقة أيضاً ـ فلا قصاص؛ لأن الولي مشتبه؛ لاشتباه سبب الولاية؛ فالسبب في حق الوارث هو القرابة، وفي حق المولى الولاء، وهما سببان مختلفان، واشتباه الولي يمنع الوُجُوبَ للقصاص؛ وكذلك إن لم يكن له مولى العتاقة وله مولى الموالاة؛ لأنه آخر الورثة؛ فجاز أن يستحق القصاص؛ كما يستحق المال، وإن لم يكن له وارث ولا له مولى العتاقة ولا مولى الموالاة؛ كاللقيط وغيره ـ فالمستحق هو السلطان في قولهما.

وقال أبو يوسف ـ رحمه الله ـ: لا يستحقه إذا كان المقتول في دار الإسلام، والحجج تأتي في موضعها؛ إن شاء الله تعالى.

وإن كان المقتول عبداً، فالمستحق هو المولى؛ لأن الحق قد ثبت، وأقرب الناس إلى العبد مولاه، ثم إن كان المولى واحداً استحق كله، وإن كان جماعة استحقوه؛ لوجود سبب الاستحقاق في حق الكل وهو الملك؛ والله تعالى أعلم.

= ورجليه، وهو لا ينفك عن ذكر الله. فلما عمدوا إلى لسانه شق ذلك عليه. وقال: وددت أن لا يزال فمي بذكر الله رطباً. فأجهزوا عليه، وذلك في الكوفة. وقيل: أحرق بعد قتله. ينظر الإعلام ٣/ ٣٣٩، وابن سعد ٣/ ٢٣، والنجوم الزاهرة ١/ ١٢٠.

فصل فيمن يَلِي اسْتِيفَاءَ القِصَاصِ

وأما بيان من يلي استيفاء القصاص وشرط جواز استيفائه ـ: فولاية استيفاء القصاص تثبت بأسباب منها الوراثة.

وجملة الكلام فيه: أن الوارث لا يخلو: إما إن كان واحداً، وإما إن كانوا جماعة؛ فإن كان واحداً لا يخلو: إما إن كان كبيراً، وإما إن كان صغيراً؛ فإن كان كبيراً، فله أن يستوفي القصاص؛ لقوله تبارك وتعالى: ﴿وَمَنْ قُتِلَ مَظْلُوماً فَقَدْ جَعَلْنَا لِوَلِيِّهِ سُلْطَاناً﴾[الإسراء: ٣٣]، ولوجود سبب الولاية في حقه على الكمال؛ وهو الوراثة من غير مزاحمة، وإن كان صغيراً اختلف المشايخ فيه: قال بعضهم: ينتظر بلوغه، وقال بعضهم: يستوفيه القاضي. وإن كانوا جماعة، فإن كان الكل كباراً، فلكل واحد منهم ولاية استيفاء القصاص، حتى لو قتله أحدهم صار القصاص مستوفى؛ لأن القصاص إن كان حق الميت، فكل[1] واحد من آحاد الورثة خَصْمٌ في استيفاء حق الميت؛ كما في المال، وإذا كان حق الورثة ابتداء؛ كما قال أبو حنيفة ـ رحمه الله ـ فقد وجد سبب ثبوت الحق في حق كل واحد منهم، إلا أن حضور الكل شرط جواز الاستيفاء، وليس للبعض ولاية الاستيفاء مع غيبة البعض؛ لأن فيه احتمال استيفاء ما ليس بحق له؛ لاحتمال العفو من الغائب.

وإلى هذا أشار محمد ـ رحمه الله ـ فقال: لا أدري لعل الغائب عَفَا، وكذا إذا كان الكل حضوراً لا يجوز لهم ولا لأحدهم أن يوكل في استيفاء القصاص؛ على معنى أنه لا يجوز للوكيل استيفاء القصاص مع غيبة الموكل؛ لاحتمال أن الغائب قد عفا، ولأن في اشتراط حضرة الموكل رجاء العفو منه عند معاينة حلول العقوبة بالقاتل؛ وقد قال الله تعالى: ﴿وَأَنْ تَعْفُوا أَقْرَبُ لِلتَّقْوَى وَلاَ تَنْسَوُا الفَضْلَ بَيْنَكُمْ﴾ [البقرة: ٢٣٧].

فأما الاستيفاء بالوكيل: فجائز إذا كان الموكل حاضراً على ما نذكر، وإن كان فيهم صغير وكبير، فإن كان الكبير هو الأب؛ بأن كان القصاص مشتركاً بين الأب وابنه الصغير، فللأب أن يستوفي بالإجماع؛ لأنه لو كان كل القصاص[2]، كان للأب أن يستوفيه، فههنا أولى.

وإن كان الكبير غير الأب؛ بأن كان أخاً، فللكبير أن يستوفي قبل بلوغ الصَّغير؛ عند أبي حنيفة. وعند أبي يوسف والشافعي ـ رحمهما الله تعالى ـ: ليس له ذلك قبل بلوغ الصغير، والكلام فيه يرجع إلى أصل ذكرناه بدلائله فيما تقدم.

---

(١) في أ: فكل.

(٢) في ط: لم يقاصص.

ومنها: الأبوة، فللأب والجد أن يستوفي قصاصاً وجب للصغير في النفس، وفيما دون النفس؛ لأن هذه ولاية نظر ومصلحة؛ كولاية الإنكاح؛ فتثبت لمن كان مختصًا بكمال النظر والمصلحة في حق الصغير.

وأما الوصي: فلا يلي استيفاء القصاص في النفس؛ بأن قتل شخص عبداً ليتيم؛ لأن تصرف الوصي لا يصدر عن كمال النظر والمصلحة في حق الصغير؛ لقصور في الشفقة الباعثة عليه؛ بخلاف الأب والجد، وله أن يستوفي القصاص فيما دون النفس/ ؛ لأن ما دون النفس يسلك به مسلك الأموال؛ على ما نذكر، وللوصي ولاية استيفاء المال. ٣/ ١٢٣أ

ومنها: الملك المطلق وقت القتل؛ فللمولى أن يستوفي القصاص إذا قتل مملوكه، إذا لم يكن في استيفاء القصاص إبطال حق الغير من غير رضاه، لأن الحق قد ثبت له، وهو أقرب الناس إليه، فله أن يستوفيه؛ وكذا إذا قتل مدبره ومدبرته وأم ولده وولدها؛ لأن التدبير والاستيلاد لا يوجب زوال الملك؛ وكذا إذا قتل المكاتب، ولم يترك وفاء؛ لأنه مات رقيقاً؛ فكان ملك المولى قائماً وقت القتل.

وذكر في «المنتقى» عند أبي حنيفة - رضي الله عنه - في معتق البعض، إذا قتل عاجزاً؛ أنه لا قصاص؛ ففرق بينه وبين المكاتب.

ووجه الفرق: أن موت المكاتب عاجزاً يوجب انفساخ الكتابة، وجعلها كأن لم تكن، فالقتل صادفه وهو قِنٌّ، وموت معتق البعض لا يوجب انفساخ العتاق؛ إذ الإعتاق بعد وجوده لا يحتمل الفسخ؛ فالقتل صادفه، ولا ملك للمولى في كله.

ولو قتل المكاتب وترك وفاء، وورثةً أحراراً سوى المولى - لا قصاص بالإجماع؛ لأنه لا يستوفيه المولى لوقوع الشك في قيام - المولى وقت القتل، ولا الوارث؛ لاحتمال أنه مات عبداً، لاختلاف الصحابة - رضي الله تعالى عنهم - أنه يموت حرًا أو عبداً، فامتنع الوجوب، وإن لم يكن له وَارِثٌ حر غير المولى، فله أن يستوفي القصاص عندهما؛ خلافاً لمحمد، وقد ذكرنا المسألة.

ولو قتل العبد في يد البائع قبل القبض، فإن اختار المشتري إجازة البيع، فله ولاية الاستيفاء بالإجماع؛ لأن الملك كان له وقت القتل، وقد تقرر بالإجازة؛ فكان له أن يستوفي، وإن اختار فسخ البيع، فللبائع أن يستوفي القصاص؛ في قول أبي حنيفة - رضي الله عنه -.

وقال أبو يوسف: للبائع القيمة، ولا قصاص له.

---

(١) سقط في ط.

وجه قوله: إن الملك لم يكن ثابتاً له وقت القتل، وإنما حدث بعد ذلك بالفسخ، والسبب حين وجوده لم ينعقد موجباً الحكم له، فلا يثبت له بمعنى وجد بعد ذلك. ولأبي حنيفة ـ رحمه الله ـ أن رد البيع فَسْخٌ له من الأصل، وجعل إياه كأن لم يكن، فإذا انفسخ من الأصل، تبين أن الجناية وردت على ملك البائع، فيوجب القصاص له؛ فكان له أن يستوفي، وليس للمشتري ولاية الاستيفاء؛ لهذا المعنى أن بالفسخ يظهر أن العبد وقت القتل لم يكن على ملك البائع.

ولو قتل العبد الذي هو بدل الصداق في يد الزوج، أو بدل الخلع في يد المرأة، أو بدل الصلح عن دم العمد في يدي الذي صالح عليه، فذلك بمنزلة البيع؛ لأن المستحق للصداق، وبدل الخلع والصلح إن اختار اتباع القاتل، فقد تقرر ملكه؛ فيجب القصاص له، وإن طالب بالقيمة، فالملك في العبد قد انفسخ؛ فيجب القصاص للآخر؛ على ما ذكرنا في البيع.

ولو قتل في يد المشتري، وللمشتري خيار الشرط، أو خيار الرؤية ـ فالقصاص للمشتري، قبض البائع الثمن أو لم يقبض؛ لأن الخيار قد سقط بموت العبد، وانبرم[1] البيع، وتقرر الملك فيه للمشتري، فوجب القصاص له، فكان له أن يستوفي القصاص كما إذا قتل في يده، ولا خيار في البيع أصلاً.

ولو كان الخيار للبائع، فإن شاء اتبع القاتل فقتله قصاصاً، وإن شاء ضمن المشتري القيمة.

أما اختيار اتباع القاتل: فلأن العبد وقت القتل كان ملكاً له، وأما اختيار تضمين المشتري القيمة: فلأنه كان مضموناً في يده بالقيمة؛ ألا ترى لو هلك نسبه في يده كان عليه قيمته، ولا قصاص للمشتري، وإن هلك العبد بالضمان؛ لأن الملك ثبت له بطريق الاستناد، والمستند يظهر من وجه، ويقتصر من وجه، فشبه الظهور يقتضي وجوب القصاص له، وشبه الاستناد يقتضي ألاَّ يجب، فتمكنت الشبهة في الوجوب له؛ فلا يجب، وكذا العبد المغصوب إذا قتل في يدي الغاصب، واختار المالك تضمينه، لم يكن للغاصب القصاص؛ لما قلنا.

ولو قتل عبد موصي برقبته لرجل وبخدمته لآخر، لم ينفرد أحدهما باستيفاء القصاص؛ لأن الموصى له بالخدمة لا ملك له في الرقبة، فلا يملك الاستيفاء بنفسه، والموصى له بالرقبة وإن ملك الرقبة، لكن في استيفاء القصاص إبطال حق الموصي له بالخدمة، لا إلى بدل هو مال؛ فلا يملك إبطال حقه عليه من غير رضاه، وإذا اجتمعا فللموصى له بالرقبة أن يستوفي؛

---

(١) انبرم: تَمَّ وانقضى.

لأن المطلق للاستيفاء موجود؛ وهو قيام ملك الرقبة، والامتناع كان لحق الموصى له بالخدمة، فإذا رضي بسقوط حقه، فقد زال المانع.

ولو قتل العبد المرهون في يد المرتهن، لم يكن لواحد منهما أن ينفرد باستيفاء القصاص.

أما المرتهن: فظاهر: لأن ملك الرقبة لم يكن ثابتاً له وقت القتل؛ فلم يوجد سبب ثبوت ولاية الاستيفاء في حقه.

٣/ ٢٣ب وأما الراهن: فلأن استيفاءه يتضمن/ إبطال حق المرتهن في الدين من غير رضاه؛ لأن الرهن يصير هالكاً من غير بدل؛ لأن العبد إنما كان رهناً من حيث إنه مال، والقصاص لا يصلح بدلاً عن المالية؛ لأنه ليس بمال؛ فيصير الرهن هالكاً من غير بَدَلٍ، فيسقط دينه، فكان في استيفائه القصاص إبطال حق المرتهن من غير رضاه، وهذا لا يجوز. ولو اجتمعا، ذكر الكرخي ـ رحمه الله ـ أن للراهن أن يستوفي القصاص عند أبي حنيفة ـ رحمه الله ـ لأن الامتناع كان لحق المرتهن، وقد رضي بسقوطه[1] وعند محمد ليس له أن يستوفي وإن اجتمعا على الاستيفاء.

وذكر القاضي في شرحه «مختصر الطحاوي» ـ رحمه الله ـ أنه لا قِصَاصَ على قاتله، ولم يذكر الخلاف. وقد ذكرنا وَجْهَ كل من ذلك في كتاب «الرهن».

ومنها: الولاء إذا لم يكن لمولى الأسفل وارث؛ لأن الولاء سَبَبُ الولاية في الجملة؛ ألاَ ترى أن مولى العتاقة يزوج بالإجماع؛ لأنه آخر العصبات، ومولى الموالات يزوج على أصل أبي حنيفة ـ رضي الله عنه ـ لأنه آخر الورثة، فإن كان له وارث، فلا قصاص؛ لاشتباه الولي؛ فلا يتصور الاستيفاء.

ومنها: السلطنة عند عدم الورثة والملك والولاء؛ كاللقيط ونحوه إذا قتل وهذا قولهما.

وقال أبو يوسف ـ رحمه الله ـ: ليس للسلطان أن يستوفي؛ إذا كان المقتول من أهل دار الإسلام، وله أن يأخذ الدية، وإن كان من أهل دار الحرب، فله أن يستوفي القصاص، وله أن يأخذ الدية.

وجه قوله: إن المقتول في دار الإسلام لا يخلو: عن ولي له عادة، إلا أنه ربما لا يعرف، وقيام ولاية الولي تمنع ولاية السلطان، وبهذا لا يملك العفو؛ بخلاف الحربي إذا دخل

(١) في أ: بسقوط حقه.

دار الإسلام، فأسلم؛ أن الظاهر: أن لا ولي له في دار الإسلام، ولهما أن الكلام في قتيل لم يعرف له ولي عند الناس، فكان وليه السلطان؛ لقوله ـ عليه الصلاة والسلام ـ: **«السُّلْطَانُ وَلِيُّ مَنْ لاَ وَلِيَّ لَهُ»**[1] وقد روي؛ أنه لما قتل سيدنا عمر ـ رضي الله عنه ـ خرج الهرمزان[2]

---

(١) جزء من حديث «أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل» تقدم.

(٢) الهُرْمُزان وكان من أهل فارس، فلمّا انقضى أمر جَلولاء خرج يَزْدَجِرْد من حُلْوان إلى أصبهان ثمّ أتى إصْطَخْر ووجّه الهرمزان إلى تُسْتَر فضبطها وتحصّن في القلعة ومعه الأساورة وجمع كثير من أهل تُسْتَر، وهي في أقصى المدينة ممّا يلي الجبل، والماء محيطٌ بها، ومادّة تأتيهم من أصبهان، فمكثوا كذلك ما شاء الله، وحاصرهم أبو موسى سنتين، ويقال ثمانية عشر شهراً، ثمّ نزل أهل القلعة على حكم عمر فبعث أبو موسى بالهرمزان إليه ومعه اثنا عشر أسيراً من العجم عليهم الديباج ومناطق الذهب وأسْوِرة الذهب فقدموا بهم المدينة في زيّهم ذلك، فجعل الناس يعجبون، فأتوا بهم منزل عمر فلم يصادفوه وجعلوا يطلبونه، فقال الهرمزان بالفارسيّة: قد ضَلّ مَلِككم، فقيل لهم هو في المسجد، فدخلوا فوجدوه نائماً متوسّداً رداءه. فقال الهرمزان: هذا ملككم؟ قالوا: هذا الخليفة، قال: أما له حاجب ولا حارس؟ قالوا: الله حارسه حتى يأتي عليه أجله. فقال الهرمزان: هذا المُلْك الهنيء. ونظر عمر إلى الهرمزان فقال: أعوذ بالله من النار. ثمّ قال: الحمد لله الذي أذلّ هذا وشيعته بالإسلام. وقال عمر للوفد: تكلّموا، وإيّاي وتشقيقَ الكلام والإكثار. فقال أنس بن مالك: الحمد لله الذي أنجز وعده وأعزّ دينه وخذل مَنْ حادّه وأورثنا أرضهم وديارهم وأفاء علينا أموالهم وأبناءهم وسلّطنا عليهم نقتل من شِئْنا ونستحيي من شئنا. فبكى عمر ثمّ قال للهرمزان: ما مالك؟ قال: أمّا ميراثي عن آبائي فعندي. وأمّا ما كان في يدي من مال المُلك وبيوت الأموال فأخذه عاملك. قال: يا هرمزان كيف رأيت الذي صنع الله بكم؟ فلم يجبه، قال: ما لك لا تَكلّم؟ قال؛ أكلامَ حيٍّ أكلّمك أم كلام ميّتٍ؟ قال: أو لستَ حيّاً؟ فاستسقى الهرمزان ماء فقال عمر: لا نجمع عليك القتل والعطش. فدعا له بماء فأتوه بماء في قدح خشب فأمسكه بيده، فقال عمر: اشْرَبْ لا بأسَ عليك، إني غير قاتلك حتى تشربه. فرمى بالإناء من يده وقال: يا معشر العرب كنتم وأنتم على غير دين نتعبّدكم ونقصيكم ونقتلكم وكنتم أسْوَأ الأمم عندنا حالاً وأخسّها منزلةً، فلمّا كان الله معكم لم يكن لأحدٍ بالله طاقة. فأمر عمر بقتله فقال: أو لم تُؤمِنّي؟ قال: وكيف؟ قال: قلتَ لي تكلّم لا بأسَ عليك، وقلتَ اشْرَبْ لا بأس عليك لا أقتلك حتى تشربه. فقال الزّبير بن العوّام وأنس بن مالك وأبو سعيد الخُدْري: صدق. فقال عمر: قاتله الله! أخذ أماناً ولا أشعر. وأمَر فنُزِع ما كان على الهرمزان من حُلِيّه وديباجه وقال لسُراقة بن مالك بن جُعْشُم، وكان نحيفاً أسود دقيق الذراعين كأنّهما محترقان: الْبِسْ سواري الهرمزان: فلبسهما ولبس كسوته فقال عمر: الحمد لله الذي سلب كِسْرى وقومه حُلِيّهم وكسوتهم وألبسها سُراقة بن مالك بن جُعْشُم. ودعا عمر الهرمزان وأصحابه إلى الإسلام فأبوا، فقال عليّ: يا أمير المؤمنين فرّق بينهم وبين إخوتهم. فحمل عمر الهرمزان وجُفينة وغيرهما في البحر وقال: اللهم اكسرْ بهم. وأراد أن يسيّرهم إلى الشأم فكُسر بهم ولم يغرقوا، فرجعوا فأسلموا، وفرض لهم عمر في ألفين ألفين وسُمّي الهرمزان عُرْفُطة.

قال المِسْوَر بن مَخْرَمة: رأيت الهرمزان بالرَّوْحاء مُهِلاً بالحجّ مع عمر عليه حلّة حبرة.

أخبرنا الوليد بن عطاء بن الأغرّ المكّي قال: حدّثنا إبراهيم بن سعد عن أبيه سعد عن أبيه إبراهيم بن عبد الرحمن قال: رأيتُ الهرمزان مهلاً بالحجّ بالروحاء مع عمر بن الخطّاب وعليه حلّة حبرة. =

والخنجر في يده، فظن عبيد الله أن هذا الذي قتل سيدنا عمر - رضي الله عنه - فقتله، فرفع ذلك إلى سيدنا عثمان - رضي الله عنه - فقال سيدنا علي - رضي الله عنه - لسيدنا عثمان: اقتل عبيد الله، فامتنع سيدنا عثمان - رضي الله عنه - وقال: كيف أقتل رجلاً قتل أبوه أمس، لا أفعل، ولكن هذا رجل من أهل الأرض، وأنا وليه أعفو عنه، وأؤدي ديته. وأراد بقوله: أعفو عنه وأؤدي ديته: الصلح على الدية.

وللإمام أن يصالح على الدية، إلا أنه لا يملك العفو؛ لأن القصاص حق المسلمين: بدليل أن ميراثه لهم، وإنما الإمام نائب عنهم في الإقامة، وفي العفو إسقاط حقهم أصلاً ورأساً؛ وهذا لا يجوز، ولهذا لا يملكه الأب والجد، وإن كانا يملكان استيفاء القصاص، وله أن يصالح على الدية؛ كما فعل سيدنا عثمان - رضي الله عنه - والله تعالى - الموفق بالصواب.

فصل في بيان ما يستوفي به القصاص

وأما بيان ما يستوفي به القصاص، وكيفية الاستيفاء: فالقصاص لا يستوفي إلا بالسيف عندنا.

وقال الشافعي - رحمه الله -: يفعل به مثل ما فعل، فإن مات، وإلا تحز رقبته؛ حتى لو قطع يد رجل عمداً، فمات من ذلك؛ فإن الولي يقتله، وليس له أن يقطع يده عندنا، وعنده تقطع يده، فإن مات في المدة التي مات الأول فيها، وإلا تحز رقبته[1].

= أخبرنا عفّان بن مسلم قال: حدّثنا سليمان بن المُغيرة عن عليّ بن زيد قال: قال أنس بن مالك: ما رأيتُ رجلاً أخمص بطناً ولا أبعد ما بين المنكبين من الهرمزان. ينظر طبقات ابن سعد ٥/ ٦٥ - ٦٧.

(١) قال الشيخ محمد مبروك لا خلاف بين الفقهاء في أن القتل إذا حصل بالسيف وجب القصاص به كما إذا وقع القتل بفعل مجرم لعينه أما إذا حصل القتل بغير ذلك فقد اختلف الفقهاء في استيفاء القصاص.
فذهب المالكية والشافعية وابن حزم وأحمد في رواية عنه. إلى أن الحق للولي في أن يقتص من القاتل بمثل فعله وله العدول إلى السيف بل هو الأفضل عندهم وذهب الحنفية والحنابلة في رواية، إلى أن القصاص أيا كانت صفة القتل الذي أوجبه لا يستوفي بغير السيف وقد استدلوا على ذلك بما يأتي.
أولاً: بما روى النعمان بن بشير قال قال ﷺ: **«لا قود إلا بالسيف»** والقود هو القصاص. وفي الحديث حصر يفيد أنه لا يستوفي القصاص بغير السيف أصلاً.
ثانياً: بأن الغرض الاستيفاء هو قتل القاتل فوجب الالتجاء إلى أيسر الطريق يؤدي إليه وهو القتل بالسيف لأنه تؤمن معه الزيادة والتمثيل المنهي عنهما.
ثالثاً: بأن القصاص بالسيف هو الذي كان معروفاً في عهد الرسول والصحابة من بعده ولم يعهد خلافه ولم يكن كل قاتل يرتكب القتل بالسيف فلو كان القصاص بغير السيف جائزاً لفعله الرسول وأصحابه فلما لم يفعلوا قبل ذلك على أنه لا يستوفي بغيره.
وأما المالكية ومن وافقهم فيستدلون بما يأتي.

وجه قوله: إن مبنى القصاص على المماثلة في الفعل؛ لأنه جزاء الفعل؛ فيشترط أن يكون مثل الفعل الأول، وذلك فيما قلنا؛ وهو أن يفعل به مثل ما فعل هو، والموجود منه القطع؛ فيجب أن يجازى بالقطع، والظَّاهر في القطع عَدَمُ السراية، فإن اتفقت السراية، وإلا تحز رقبته، ويكون الحز تتميماً للفعل الأول لا حَزّاً مبتدأ.

= **أولاً**: بقوله تعالى ﴿وإن عاقبتم فعاقبوا بمثل ما عوقبتم به﴾ وقوله: ﴿فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم﴾ فقد أمر الله سبحانه أن يكون العقاب بمثل ما أوجبه من الفعل والقصاص عقوبة فيجوز بمثل الفعل الذي أوجبه وكذلك أمر سبحانه برد العدوان بمثل الفعل الذي كان به والقتل تعد على المقتول فيجوز أن يكون ده بمثل الفعل الصادر من القاتل.

ثانياً: بأن القصاص مبني على المماثلة إذ هو جزاء الفعل فجاز أن يكون بمثله حتى تتم المماثلة.

ثالثاً: بما روى البيهقي والبزار من حديث البراء عن عازب عن النبي ﷺ أنه قال: «من غرق غرقناه ومن حرق حرقناه» وهذا الحديث يستدل بمعناه على أن من فعل بالغير فعلاً ظلماً جاز أن يفعل به مثله.

رابعاً: بما ثبت من حديث أنس رضي الله عنه أن النبي ﷺ أمر باليهودي الذي قتل الجارية على أوضاح لها بحجر أن ترض رأسه بالحجارة كما فعل بها فلو لم يكن استيفاء القصاص بغير السيف جائزاً لما اقتص من اليهودي برض رأسه ولقد أجاب الجمهور عن أدلة الحنفية **أولاً** بأن حديث «لا قود إلاّ بالسيف» ضعيف أخرجه البزار وابن عدي من حديث أبي بكرة وذكر البزار الاختلاف فيه مع ضعف الإسناد وقال ابن عدي طرقه كلها ضعيفة وقال أحمد اسناده ليس بشيء. وعلى فرض صحته فالأحاديث التي ذكرناها تعارضه فيتساقطا وتبقى دلالة الآيات المذكورة على جواز القصاص بالمثل، وأجابوا **ثانياً** عن قولهم إن الغرض من الاستيفاء قتل الجاني فيجب الالتجاء إلى أيسر الطرق بأن رعاية المماثلة إذا صلبها الولي أولى من رعاية جانب التيسير ليتم التشفي الذي يقصده الولي. والزيادة مأمونة في الحرق والتغريق ونحوهما، وقولهم إن القصاص بالسيف هو المعهود في زمن الرسول وأصحابه لا يدل على عدم جواز العدول إلى غيره مما وقع القتل به، كيف وقد حصل كما في رض رأس اليهودي، فلم يبق إلا أن يقال إنما كان المعهود في زمن الرسول أن يقتص بالسيف لأن السيف كان أرفق بالقاتل وأسرع في إزهاق روحه ولم يكن في هذا العصر من الآلات ما يساوي السيف في أداء هذه المهمة فكان ذلك من الرسول وأصحابه تمشيا مع الأفضل في القصاص فلا ينافي ذلك جواز أن يقتص من القاتل بمثل فعله خصوصاً متى أمكنت المماثلة.

ومما تقدم يتبين رجحان ما قال به جمهور الفقهاء من أن للولي الحق في أن يطلب استيفاء القصاص من القاتل على الصفة التي وقع القتل بها متى كانت مشروعة فهو صاحب الحق في ذلك وله أن يقتص بالسيف أيضاً لأنه عدول إلى ما هو الأخف والأرفق بالقاتل، على أن الأفضل الاستيفاء بالسيف عند الجمهور ومثل السيف غيره من كل آلة تزهق الروح بإحسان ومن غير مثله ولا تعذيب لقوله ﷺ إن الله كتب الإحسان على كل شيء فإذا قتلتم فأحسنوا القتلة وإذا ذبحتم فأحسنوا الذبحة، والإحسان في القتلة مأمورية في هذا الحديث على وجه العموم ولا ريب أن إحسانها إنما يكون بكل ما لا يحدث مثله ولا يضاعف ألماً، وكل ما جد من وسائل الإحسان في القتل فالقصاص بها مشروع تمشياً مع روح التيسير التي جاءت بها الشريعة الغراء والإنسانية تدعو إلى الإحسان في القصاص وغيره، وفي الحديث «إن الله رفيق يحب الرفق في الأمر كله». ينظر: القتل العمد لشيخنا محمد مبروك يوسف.

ولنا قوله ـ عليه الصلاة والسلام ـ: **«لاَ قَوَدَ إلاَّ بِالسَّيْفِ»**[1] والقَوَدُ: هو القصاص،

---

(١) ورد هذا الحديث من حديث أبي بكرة والنعمان بن بشير وابن مسعود وأبي هريرة وعلي بن أبي طالب والحسن مرسلاً.
حديث أبي بكرة.
أخرجه ابن ماجه (٢/ ٨٨٩) كتاب الديات: باب لا قود إلا بالسيف. حديث (٢٦٦٨) والبزار كما في «نصب الراية» (٤/ ٣٤١) كلاهما من طريق الحر بن مالك عن المبارك بن فضالة عن الحسن عن أبي بكرة عن النبي ﷺ قال: لا قود إلا بالسيف.
قال البزار: لا نعلم أحداً أسنده بأحسن من هذا الإسناد ولا نعلم أحداً قال: عن أبي بكرة إلا الحر بن مالك وكان لا بأس به وأحسبه أخطأ في هذا الحديث لأن الناس يروونه عن الحسن مرسلاً. اهـ.
وتابعه على وصله الوليد بن محمد بن صالح الأيلي.
أخرجه الدارقطني في كتاب الحدود والديات حديث (٨٢) وابن عدي في «الكامل» (٧/ ٨٢) والبيهقي (٨/ ٦٣) كتاب الجنايات: باب لا قود إلا بحديدة، كلهم من طريق الوليد بن محمد بن صالح الأيلي ثنا المبارك بن فضالة عن الحسن عن أبي بكرة أن رسول الله ﷺ قال: «لا قود إلا بالسيف».
قال ابن عدي: والوليد بن محمد له ابن يقال له إبراهيم بن الوليد بن محمد له عن أبيه بهذا الإسناد غير حديث وكل هذه الأحاديث غير محفوظة وقال البيهقي: ومبارك بن فضالة لا يحتج به اهـ.
والحديث من هذا الطريق ذكره ابن أبي حاتم في «العلل» (١/ ٤٦١) رقم (١٣٨٨): وقال: سألت ابي عن حديث رواه أبو أمية الطرسوسي عن الوليد بن محمد بن صالح الأيلي عن مبارك بن فضالة عن الحسن عن أبي بكرة قال: قال رسول الله ﷺ: لا قود إلا بالسيف قال أبي: هذا حديث منكر.
حديث النعمان بن بشير.
أخرجه ابن ماجة (٢/ ٨٨٩) كتاب الديات: باب لا قود إلا بالسيف حديث (٢٦٦٧) وأبو داود الطيالسي (٨٠٢) والبزار كما في «نصب الراية» (٤/ ٣٤٢) والطحاوي في «شرح معاني الآثار» (٣/ ١٨٤) والبزار... كما في «نصب الراية» (٤/ ٣٤٢) والدارقطني (٣/ ١٠٦) كتاب الحدود والديات حديث (٨٤) والبيهقي (٨/ ٦٢) كتاب الجنايات: باب لا قود إلا بحديدة كلهم من طريق جابر الجعفي عن أبي عازب عن النعمان بن بشير قال: قال رسول الله ﷺ: لا قود إلا بالسيف.
قال البزار: لا نعلم رواه عن النعمان إلا أبو عازب ولا عن أبي عازب إلا جابر الجعفي وقال البيهقي: جابر الجعفي مطعون فيه.
قال الزيلعي في «نصب الراية» (٤/ ٣٤٢): وقال عبد الحق في «أحكامه»: وأبو عازب مسلم بن عمرو لا أعلم روى عنه إلا جابر الجعفي انتهى قال ابن الجوزي في «التحقيق» وجابر الجعفي أجمعوا على ضعفه. اهـ.
وقال الحافظ الذهبي في «المغني» (٢/ ٧٩٣) رقم (٧٥٦٢): أبو عازب عن النعمان بن بشير لا يعرف.
والحديث ضعفه البوصيري في «الزوائد» (٢/ ٣٤٥) وأعله بجابر وحده فقال: هذا إسناد فيه جابر الجعفي وهو متهم. اهـ.
وللحديث طريق آخر عن النعمان.
أخرجه البيهقي (٨/ ٤٢) كتاب الجنايات: باب عمد القتل بالسيف، من طريق قبيس بن الربيع عن أبي حصين عن إبراهيم ابن بنت النعمان بن بشير عن النعمان بن بشير به بلفظ: كل شيء سوى الحديدة خطأ ولكل خطأ أرش. قال البيهقي: مدار هذا الحديث على جابر الجعفي وقيس بن الربيع ولا يحتج بهما. =

....

= حديث ابن مسعود.

أخرجه الدارقطني (٣/ ٨٨) كتاب الحدود والديات حديث (٢٣) والطبراني في «الكبير» (١٠/ ١٠٩) رقم (١٠٠٤٤) وابن عدي في «الكامل» (٥/ ٣٤٠) والبيهقي (٨/ ٦٣) كتاب الجنايات: باب لا قود إلا بحديدة، كلهم من طريق سليمان بن أرقم عن عبد الكريم بن أبي المخارق عن إبراهيم عن علقمة عن ابن مسعود قال: قال رسول الله ﷺ: «لا قود إلا بالسيف» قال الدارقطني؛ أبو معاذ هو سليمان بن أرقم وهو متروك.

والحديث ضعفه ابن عدي وأعله بعبد الكريم بن أبي المخارق وقال: والضعف بين على كل ما يرويه.

ونقل تضعيفه عن أيوب وابن معين وابن عيينه وأحمد والساجي والحديث ذكره الهيثمي في «مجمع الزوائد»(٦/ ٢٩٤) وقال: رواه الطبراني في الكبير وفيه أبو معاذ سليمان بن أرقم وفيه عنعنة بقية وعبد الكريم هو ابن أبي المخارق ضعيف.

حديث أبي هريرة.

أخرجه الدارقطني (٣/ ٨٨) كتاب الحدود والديات حديث (٢٢) وابن عدي (٣/ ٢٥٢) والبيهقي (٨/ ٦٣) كتاب الجنايات: باب لا قود إلا بحديدة، وابن الجوزي في «العلل المتناهية» (٢/ ٧٩٢) من طريق سليمان ابن أرقم عن الزهري عن أبي سلمة عن أبي هريرة قال: قال رسول الله ﷺ: «لا قود إلا بالسيف».

قال الدارقطني: عن الزهري عن سعيد بن المسيب عن أبي هريرة.

وقال سليمان بن أرقم: متروك.

وقد نقل ابن عدي عن البخاري وأحمد ويحيى والنسائي والسعدي والفلاس تضعيفه فقال البخاري: سليمان بن أرقم عن الحسن والزهري؛ تركوه.

وقال أحمد: ليس بشيء لا يروي عنه الحديث.

وقال يحيى: ليس بشيء وقال: ليس يساوي فلساً.

وقال النسائي: متروك الحديث.

وقال السعدي: ساقط.

وقال الفلاس: ليس بثقة روى أحاديث منكرة اهـ.

وقال ابن الجوزي في «العلل» (٢/ ٧٩٢): هذا حديث لا يصح وسليمان بن أرقم.

قال أحمد بن حنبل: ليس بشيء لا يروى عنه الحديث، وقال يحيى: لا يساوي فلساً وقال النسائي وأبو داود والدارقطني متروك اهـ.

والحديث ذكره الحافظ الغساني في «تخريج الأحاديث الضعاف من سنن الدارقطني، (ص - ٢٧٦) رقم (٦٢٣).

حديث علي بن أبي طالب

أخرجه الدارقطني (٣/ ٨٨) كتاب الحدود والديات حديث (٢١) من طريق معلى بن هلال عن أبي إسحاق عن عاصم بن ضمرة عن علي قال: قال رسول الله ﷺ: «لا قود إلا بحديدة».

قال الدارقطني: معلى بن هلال متروك.

وهذا الحديث علقه البيهقي (٨/ ٦٣) وقال: هذا الحديث لم يثبت له إسناد معلى بن هلال الطحان متروك وسليمان بن أرقم ضعيف ومبارك بن فضالة لا يحتج به وجابر بن يزيد الجعفي مطعون فيه. =

والقصاص هو الاستيفاء؛ فكان هذا نفي استيفاء القصاص بالسيف؛ ولأن القطع إذا اتصلت به السراية، تبين أنه وقع قتلاً من حين وجوده؛ فلا يجازى إلا بالقتل؛ فلو قطع، ثم احتيج إلى الحز، كان ذلك جمعاً بين القتل والحز، فلم يكن مجازاة بالمثل.

وقوله: الحز يقع تتميماً للقطع ـ فاسد؛ لأن المتمم للشيء من توابعه، والحز قتل، وهو أقوى من القطع؛ فكيف يكون من تمامه، وإن أراد الولي أن يقتل بغير السيف، لا يمكن؛ لما قلنا، ولو فعل يعزر، لكن لا ضمان عليه، ويصير مستوفياً بأي طريق قتله؛ سواء قتله بالعصا، أو بالحجر، أو ألقاه من السطح أو ألقاه في البئر، أو ساق عليه دابة حتى مات، ونحو ذلك؛ لأن القتل حقه، فإذا قتله فقد استوفى حقه بأي طريق كان، إلا أنه يأثم بالاستيفاء، لا بطريق مشروع؛ لمجاوزته حد الشرع.

وله أن يقتل بنفسه وبنائبه؛ بأن يأمر غيره بالقتل؛ لأن كل أحد لا يقدر على الاستيفاء بنفسه؛ إما لضعف بدنه، أو لضعف قلبه، أو لقلة هدايته إليه؛ فيحتاج إلى الإنابة، إلا أنه لا بد من حضوره عند الاستيفاء، لما ذكرنا فيما تقدم. ثم إذا قتله المأمور والآمر حاضر[1]، صار ـ مستوفياً، ولا ضمان عليه، فأما/ إذا قتله والآمر غير حاضر[2]، وأنكر ولي هذا القتيل الأمر ـ فإنه يجب القصاص على القاتل، ولا يعتبر تصديق الولي؛ لأن القتل عمداً سبب لوجوب القصاص في الأصل، فلو خرج من أن يكون سبباً إنما يخرج بالأمر، وقد كذبه ولي هذا القتيل في الآمر، وتصديق ولي القصاص غير معتبر؛ لأنه صدقه بعد ما بطل حقه عن القصاص؛ لفوات محله فصار أجنبيًّا عنه؛ فلا يعتبر تصديقه؛ فلم يثبت الأمر؛ فبقي القتل العمد موجباً للقصاص.

٣/ ١٢٤أ

= والحديث ذكره أيضاً الحافظ الغساني في «تخريج الأحاديث الضعاف من سنن الدارقطني (ص ـ ٢٧٧) رقم (٦٢٤).

مرسل الحسن أخرجه ابن أبي شيبة (٩/ ٣٥٤) كتاب الديات: باب لا قود إلا بالسيف حديث (٧٧٧٢) وأحمد كما في «نصب الراية» (٤/ ٣٤١) والخطيب في «تاريخ بغداد» (١٤/ ٨٩) كلهم من طريق أشعث ابن عبد الملك عن الحسن قال: قال رسول الله ﷺ: «لا قود إلا بحديدة».

وهذا حديث مرسل ومراسيل الحسن من أضعف المراسيل.

وبالجملة فطرق هذا الحديث كلها ضعيفة لا يصح منها شيء وضعفها متفاوت ولا ينجبر ضعف هذه الطرق إذا اجتمعت وقد ضعف هذا الحديث البيهقي فقال: لم يثبت له إسناد.

وقال في المعرفة (٦/ ١٨٨): وروي من أوجه أخر كلها ضعيفة.

وقال عبد الحق: طرقه كلها ضعيفة وكذا قال ابن الجوزي كما في «تلخيص الحبير» (٤/ ٢٠).

وضعف أكثر طرقه ابن عدي في الكامل وضعف حديث النعمان وأبي بكرة البوصيري في «الزوائد» وضعف حديث ابن مسعود الهيثمي في «مجمع الزوائد».

(١) في أ: ظاهر. (٢) في أ: ظاهر.

ولو حفر بئراً في دار إنسان، فوقع فيها إنسان، ومات، فادعى ولي القتيل الدِّية؛ فقال الحافرُ: حفرته بإذن صاحب الدار، وصدقه صاحب الدار في ذلك - فلا ضمان على الحافر [استحساناً] ويعتبر تصديقه؛ لأنه صدقه في فعل يملك إنشاء الأمر به للحال، وهو الحفر في ملكه، فلم يكن هذا تصديقاً بعد فوات المحل، فاعتبر، بخلاف الأول؛ والله تعالى أعلم بالصواب.

فصل في بيان ما يسقط القصاص بعد وجوبه

وأما بيان ما يسقط القصاص بعد وجوبه: فالمسقط له أنواع.

منها: فَوَاتُ محل القصاص؛ بأن مات من عليه القصاص بآفة سماوية؛ لأنه لا يتصور بقاء الشيء في غير محله، وإذا سقط القصاص بالموت، لا تجب الدية عندنا؛ لأن القصاص هو الواجب عيناً عندنا، وهو أحد قولي الشافعي - رحمه الله -[1].

وعلى قوله الآخر: تجب الدية، وقد بينا فساده فيما تقدم، وكذا إذا قتل من عليه القصاص بغير حق، أو بحق بالردة والقصاص؛ بأن قتل إنساناً، فقتل به قصاصاً يسقط

---

(١) سقط من ط.

قال الشيخ محمد مبروك انعدام محل القصاص يكون بموت القاتل لأنه محله فيسقط القصاص بموت الجاني، وقد اختلف الفقهاء عند سقوطه بذلك فذهب الحنفية والمالكية. إلى أنه لا شيء لأولياء المقتول لأن القصاص هو المتعين حقاً للولي وقد فات بفوات محله.

وذهب الشافعي وأحمد وأهل الظاهر. إلى أنه إذا مات القاتل وجبت الدية في ماله لأنه تعذر استيفاء القصاص من غير إسقاط فوجبت الدية كقتل غير المكافىء ولأن ما ضمن بشيئين على سبيل البدل إذا تعذر أحدهما وجب الآخر كذوات الأمثال وتكون الدية في مال القاتل لأنها دية عمد.

والخلاف في هذه المسألة متفرع على الخلاف فيما يجب بالقتل العمد وقد قال الحنفية والمالكية: إن القصاص واجب عيناً وليس للولي أن يعدل عنه إلى الدية إلاّ برضا الجاني وهذا القول يقتضي أنه إذا مات القاتل فقد سقط القصاص إلى غير بدل. وعلى ما ذهب إليه الشافعية والحنابلة في موجب القتل يجب الدية في مال القاتل إذا مات وقد قال الشافعية في المشهور عنهم أن الواجب القصاص عيناً والدية بدل عنه عند سقوطه بعفو أو غيره كموت الجاني وقد رجحنا هذا القول سابقاً.

وعلى ضوء ما تقدم من الأدلة يتبين لنا رجحان ما ذهب إليه الشافعية والحنابلة من وجوب الدية في مال القاتل إذا مات القاتل قبل أن يقتص منه، لأننا إذا علمنا أن أولياء الدم يكونون من أثر الجناية في غيظ وتحرق وجدنا المصلحة قاضية بتعويضهم الدية بدلاً عن القصاص الذي فات بفوات محله حتى لا يشعروا بهدر دم قتيلهم فتتحرك نفوسهم للثأر من أهل القاتل. ولما كان القصاص مبنياً على المساواة وجب المصير إلى الدية عند التعذر تحقيقاً للمساواة بقدر الإمكان. ينظر: القتل العمد لشيخنا محمد مبروك يوسف.

القصاص، ولا يجب المال لما قلنا، وكذلك القصاص الواجب فيما دون النفس إذا مات ذلك العضو بآفة سماوية، أو قطع بغير حق يسقط القصاص من غير عندنا لما قلنا، وإن قطع بحق بأن قطع يد غيره، فقطع به أو سرق مال إنسان فقطع، يسقط القصاص أيضاً لفوات محله، لكن يجب أرش اليد، فيقع الفرق في موضعين: أحدهما: بين القتلِ والقطع بحق.

والثاني: بين القطع بغير حق، وبين القطع بحق والفرق أنه إذا قطع طرفه بحق، فقد قضى به حقًّا واجباً عليه، فجعل كالقائم، وجعل صاحبه ممسكاً له تقديراً؛ كأنه أمسكه حقيقة وتعذر استيفاء القصاص لعذر الخطأ ونحو ذلك، وهناك يجب الأرش؛ كذا هذا، وهذا المعنى لم يوجد فيما إذا قطع بغير حق؛ لأنه لم يقض حقًّا واجباً عليه، وفي القتل إن قضى حقًّا واجباً عليه لكن لا يملك[1] أن يجعل ممسكاً للنفس بعد موته تقديراً، لأنه لا يتصور حقيقة بخلاف الطرف، والله تعالى أعلم.

ومنها: العفو[2]، والكلام فيه في ثلاثة مواضع:

---

(١) في أ: يمكن.

(٢) اتفق العلماء على جواز العفو عن القصاص وأنه أفضل والأصل في مشروعيته.
قوله تعالى: ﴿يا أيها الذين آمنوا كتب عليكم القصاص في القتلى الحر بالحر، والعبد بالعبد، والأنثى بالأنثى، فمن عفي له من أخيه شيء فاتباع بالمعروف وأداء إليه بإحسان ذلك تخفيف من ربكم ورحمة فمن اعتدى بعد ذلك فله عذاب أليم﴾.
قال ابن عباس رضي الله تعالى عنهما في هذه الآية كانت في بني إسرائيل قصاص ولم تكن فيهم الدية فقال الله لهذه الأمة ﴿كتب عليكم القصاص في القتلى﴾ إلى هذه الآية ﴿فمن عفي له من أخيه شيء﴾.
قال ابن عباس: فالعفو أن يقبل الدية في العمد. قال ﴿فاتباع بالمعروف﴾ أن يطلب بمعروف ويؤدى بإحسان رواه البخاري.
وبقوله تعالى: ﴿وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس والعين بالعين﴾... إلى قوله... ﴿والجروح قصاص فمن تصدق به فهو كفارة له...﴾.
وفي هذه الآية دليل على فضل العفو ومشروعيته، وقد ذكر العلماء فيه تفسيرين: -
الأول: أن من تصدق بالقصاص فعفا فهو كفارة له، أي لذلك المتصدق وعليه أكثر الصحابة ومن بعدهم.
الثاني: أن المعنى فهو كفارة للجاني فلا يؤاخذ بجنايته.
واستدلوا بعموم الآيات الدالة على فضله كقوله تعالى: ﴿وأن تعفوا أقرب للتقوى﴾.
وكقوله تعالى: ﴿فمن عفا وأصلح فأجره على الله﴾.
واستدلوا من السنة بما يلي:
١ - استدلوا بما رواه أنس بن مالك رضي الله عنه قال ما رأيت النبي ﷺ رفع إليه شيء فيه قصاص إلا أمر فيه بالعفو رواه أبو داود والنسائي وابن ماجة.
٢ - وبما ورد في قصة الربيع وفيها أن النبي ﷺ قال: «يا أنس كتاب الله القصاص فرضي القوم وعفوا» رواه البخاري.
=

أحدها: في بيان ركنه.

والثاني: في بيان شرائط الركن.

والثالث: في بيان حكمه.

أما ركنه: فهو أن يقول العافي: عفوت، أو أسقطت، أو أبرأت، أو وهبت، وما يجري هذا المجرى[١].

= ٣ ـ وبما رواه أبو الدرداء رضي الله تعالى عنه قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: «ما من رجل يصاب بشيء من جسده فيتصدق به إلا رفعه الله به درجة أو حط عنه به خطيئة» رواه ابن ماجة.
٤ ـ وعن أبي شريح الخزاعي رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «من أصيب بقتل أو خبل فإنه يختار إحدى ثلاث: إما أن يقتص، وإما أن يعفو، وإما أن يأخذ الدية، فإن أراد الرابعة فخذوا على يديه، ومن اعتدى بعد ذلك فله عذاب أليم» رواه أبو داود.
واستدلوا بالاجماع على مشروعية العفو: فقد أجمع أهل العلم على إجازة العفو عن القصاص وأن العفو أفضل من استيفاء القصاص في الجملة.

(١) فيجوز العفو عن القاتل بأي صيغة تفيده.
وذهب أهل الظاهر إلى أن صاحب الحق في العفو عن القصاص إنما هم المستحقون جميعاً فلا يصح العفو إلاّ إذا أجمع عليه المستحقون فالقول لمن طلب القود منهم وقد استدل أبو حنيفة ومن وافقه بما يأتي.
أولاً: بما روي عن زيد بن وهب أن عمر رضي الله عنه أتى برجل قتل قتيلاً فجاء ورثة المقتول ليقتلوه فقالت امرأة المقتول وهي أخت القاتل قد عفوت عن حقي فقال عمر الله أكبر عتق القتيل رواه أبو داود.
ثانياً: بأن القصاص حق مشترك بين الورثة جميعاً وهو مما لا يتبعض ومبناه على الدرء والإسقاط كالحدود فإذا أسقط بعض الورثة حقه سرى إلى الباقين كالمعتق.
ثالثاً: بأن العفو أفضل من القصاص وأقرب للتقوى فيجب أن يرجح جانب من دعا إلى ما هو أقرب للتقوى وهو العفو، ومتى سقط القصاص بعفو أحد الورثة فللباقين نصيبهم من الدية لأن حقهم في القصاص سقط بغير رضاهم فيثبت لهم البدل ولما روي عن عمر رضي الله عنه في شأن امرأة قد قتلت فعفا بعض إخوتها عن القاتل فقضى لسائرهم بالدية.
واستدل من قال إن حق العفو إنما هو للرجال وليس للنساء عفو، بأن القصاص إنما ثبت لدفع العار فاختص به العصبات كولاية النكاح، ولا يملك العفو عنه إلا من له الحق فيه وليس للزوجين حق في القصاص عند هؤلاء كالمالكية فلا عفو لهما.
واستدل المالكية بما يأتي.
أولاً: بأن العافي إذا كان في درجة غيره أو أعلى منه فقد ترجح جانبه من حيث إنه دعا إلى العفو الذي هو أفضل وأقرب للتقوى فيصح عفوه ويسقط به القصاص. أما إذا كان العافي أنزل درجة أو استحقاقاً فلا يترجح جانبه فلا يصح عفوه إذ الترجح فرع التساوي على الأقل. وعند ما يكون الأولياء رجالاً ونساء أعلى منهم فإنه يترجح جانب الرجال من حيث إنهم عصبة القتيل وقد لا يثبت القتل إلاّ بسببهم كما في حالة القسامة، كما يترجح جانب النسوة من حيث كونهن أقرب للميت ولهذا لايصح العفو إلاّ إذا صدر من الفريقين أو بعض من كل منهما. =

وأما الشرائط فمنها: أن يكون العفو من صاحب الحق؛ لأنه إسقاط الحق، وإسقاط الحق ولا حق محالٌ، فلا يصح العفو من الأجنبي لعدم الحق، ولا من الأب والجد في قصاص وجب للصغير؛ لأن الحق للصغير لا لهما، وإنما لهما ولاية استيفاء حق وجب للصغير؛ ولأن ولايتهما مقيدة بالنظر للصغير، والعفو ضرر محض؛ لأنه إسقاط الحق أصلاً ورأساً، فلا يملكانه؛ ولهذا لا يملكه السلطان فيما له ولاية الاستيفاء على ما بينا[1]، والله تعالى أعلم.

= **ثانياً**: بأن إذا عفا من هو أقل درجة من غيره فحق غير العافي لم يرض بإسقاطه ولم يترجح جانب العافي عليه بل لم يساوه، فيترجح جانب غير العافي في طلب القصاص، ومن المعلوم أنه كلما كان الشخص أقرب إلى القتيل كلما كان أكثر اهتماماً بدفع العار فيترجح جانبه ويمكن من القصاص إذا طلبه.

وقد استدل أهل الظاهر بما يأتي.

أولاً: بأن القاتل متيقن حل دمه بنفس القتل والعافي يريد تحريم دم قد صح.

(١) اختلف الفقهاء فيمن له حق العفو عن القاتل والتنازل عن القصاص منه فذهب أبو حنيفة وأحمد والشافعي، إلى أن صاحب الحق في العفو هم الورثة جميعاً. وإلى أن صدور العفو من أي وارث يسقط القصاص فكما أن للورثة الحق في طلبه فلهم الحق في العفو عنه ويسقط بعفو أحدهم.

وذهب الليث والأوزاعي والزهري إلى أن الحق في العفو إنما هو للرجال وليس للنساء عفو وذهب المالكية. إلى أن العفو إنما يصح إذا كان العافي رجلاً في درجة غيره أو كان العافي أعلى من غيره في الدرجة، وإن كان ولاة الدم رجالاً ونساء أعلى درجة منهم فإن العفو يكون حقاً للطرفين مجتمعين ويكون القول قول من طلب القصاص منهما ولا عفو إلاّ باجتماع الطرفين أو بعض من كل منهما كالبنات مع الإخوة أو الأعمام.

تحليله بيقين فليس له ذلك إلا بنص أو اجماع والداعي إلى القود داع إلى ما قد صح بيقين فوجب أن يكون القول له.

ثانياً: بأن من يريد أخذ الدية من الأولياء دون من معه يريد إباحة أخذ الأموال المحرمة بقوله ﷺ: «إن دماءكم وأموالكم عليكم حرام» فليس له ذلك إلا بنص ولم يأت النص بإباحة الدية إلا بأخذ الأهل لها، ولفظ الأهل يقتضي إجماعهم على أخذها ولا إجماع ـ فيكون الداعي إلى أخذ الدية داع إلى ما لا يصح أما الداعي إلى القود فهو داع إلى ما قد صح بيقين فيكون القول له وبذلك لا يسقط القصاص إلا بعفو جميع الأولياء.

ثالثاً: بقوله تعالى: ﴿ولا تكسب كل نفس إلا عليها﴾ وذلك يدل على أن عفو العافي لا يلزم غيره ولا يسري عليه فالقول لمن دعا إلى القود لما ذكرناه من رجحان جانبه.

ولقد أجاب الظاهرية عن أدلة الجمهور وهم أبو حنيفة والشافعي وأحمد ومن وافقهم بأنه يرد على قولهم أن العفو أقرب للتقوى فيجب أن يترجح جانب من دعا إليه أن غاية ما تدل عليه هذه الآية وأمثالها أن العفو أعظم أجراً والقصاص بلا شك مباح وإذا كان كلاهما مباحاً فلا يجوز أن يجبر على الأفضل من لا يريده غير راغب فيه فبطل أن يكون في الآية دليل على سقوط حق من أراد القصاص إذا عفا أحد الورثة ومثل ذلك يقال في حديث أنس رضي الله عنه وقد أجابوا عن قولهم إن القصاص حق مشترك بين الورثة وهو لا يتبعض ومبناه على الدرء والإسقاط فإذا عفا بعضهم عن حقه سرى إلى الباقين كالعتق، بأن الإنسان إنما يملك التصرف في حقه إذا كان لا يضر بغيره والقياس على العتق قياس مع الفارق فإن الشارع =

ومنها: أن يكون العافي عاقلاً.

ومنها: أن يكون بالغاً، فلا يصح العفو من الصبي والمجنون، وإن كان الحق ثابتاً لهما؛ لأنه من التصرفات المضرة المحضة، فلا يملكانه كالطلاق والعتاق ونحو ذلك.

وأما حكم العفو، فالعفو في الأصل لا يخلو إما أن يكون من الولي، وإما أن يكون من المجروح، فإن كَانَ مِنَ الولي لا يخلو من أن يكون منه بعد الموت، أو قبل الموت بعد الجرح؛ فإن كان بعد الموت فإما أن يكون الولي واحداً، وإما أن يكون أكثر، فإن كان واحداً؛ بأن كان القاتل والمقتول واحداً فعفا عن القاتل، سقط القصاص؛ لأن استيفاءه لتحقق[1] معنى الحياة، وهذا المعنى يحصل بدون الاستيفاء بالعفو؛ لأنه إذا عفا فالظاهر أنه لا يطلب الثأر بعد العفو، فلا يقصد قتل القاتل، فلا يقصد القاتل قتله، فيحصل معنى الحياة بدون الاستيفاء، فيسقط القصاص لحصول ما شرع له استيفاؤه بدونه.

= متشوف إلى الحرية التي هي حياة كاملة، وكذلك في القصاص حياة الأولياء المقتول أي حياة وهو الواجب الأصلي بالجناية فوجب أن يترجح جانب من دعا إليه لا أن يرجح غيره عليه. فلم يبق للجمهور متمسك إلا الأثر الذي ورد عن عمر رضي الله عنه ويمكن حمله على أن باقي الأولياء قد رضوا بالدية التي قضى لهم بها فكأنهم وافقوا على العفو وقد أجابوا عن أدلة من قال بإخراج الزوجين عن أن يكون لهم حق في العفو وقد استدلوا إخراجهما بأنهما ليسا من العصبة ولا يعقلان مع العاقلة.

أولاً: بأنه لا دليل على أن أمر القصاص والعفو عنه إلى العصبة بل إلى الأهل وقد ثبت أن الزوجة منهم فكذلك الزوج وأما أنهما لا يعقلان مع العاقلة فصحيح ولكن ذلك في الخطأ ولا دخل لحكم العاقلة في العفو عن الدم فهذا في العمد خاصة وقد أجابوا عن دليل من قال إن العفو للرجال دون النساء وقد قاسوا أمر القصاص على ولاية النكاح بأنه قياس مع الفارق فإن الولاية في النكاح لم تثبت لهن لسبب معقول وهو صونهن عن مواطن الرجال حتى لا ينسين إلى الوقاحة بخلاف أمر القصاص فإن العار في عدم تمكينهن من طلبه على أن النساء كذلك يعنون بدفع العار عنهن كالرجال. وأيضاً النساء يرثن الدية التي هي بدل عن القصاص فيرثن القصاص أيضاً فيكون لهن حق العفو عنه أيضاً وقد أجاز عمر رضي الله عنه عفو الزوجة فدل ذلك على أن للنساء حقاً فيه وفي العفو عنه وقد أجاب الظاهرية عن أدلة المالكية أيضاً بأنهم يراعون اتفاق المستحقين على العفو في بعض الصور كالبنت مع الأخ. ثم لا يراعون ذلك في مثل البنات مع البنين، وفي مثل البنين أو الإخوة إذا عفا أحدهم: ويقولون إن ما ذهبوا إليه في غاية التناقض لأنهم مرة غلبوا جانب من دعا إلى القصاص كالبنت مع العاصب واحتجوا بأنها قد يحملها زوجها على العفو وأمرها إلى الضعف فلا تجاب إذا دعت إلى العفو وأراد العاصب القصاص. ثم قالوا إن دعت البنت إلى القتل فالقول لها لأنها المصابة بأبيها. ومرة غلبوا جانب من دعا إلى العفو كالبنين يعفو أحدهم ومرة غلبوا الرجال على النساء كالبنات مع الابن ومرة غلبوا الأقرب كالبنات مع الأخوات. ينظر: القتل العمد لشيخنا محمد مبروك يوسف. ينظر المحلى (١٠/ ٤٧٧)، المغني (٩/ ٤٦٤ ـ ٤٦٥).

(١) في أ: لتحقيق.

وهكذا قال الحسن ـ رحمه الله ـ في تأويل قوله تعالى: ﴿وَمَنْ أَحْيَاهَا فَكَأَنَّمَا أَحْيَا النَّاسَ جَمِيعاً﴾ [المائدة:٣٢] أي: من أحياها بالعفو.

وقيل في قوله تبارك وتعالى: ﴿ذَلِكَ تَخْفِيفٌ مِنْ رَبِّكُمْ وَرَحْمَةٌ﴾[البقرة:١٧٨]: أن ذلك العفو والصلح على ما قيل إن حكم التوراة القتل لا غير، وحكم الإنجيل العفو بغير بدلٍ لا غير، فخفف سبحانه وتعالى على هذه الأمة، فشرع العفو بلا بدلٍ أصلاً، والصلح ببدل، سواء عَفَا عن الكلِّ أو عن البعض؛ لأنَّ القصاصَ لا يتجزأ.

وذكر[1] البعض فيما لا يتبعض ذكر الكل؛ كالطلاق وتسليم الشفعة وغيرهما، وإذا سقط القصاص بالعفو لا ينقلب مالاً عندنا؛ لأن حق الولي في القصاص عيناً وهو أحد/ قولي الشافعي ـ رحمه الله، وقد أسقطه لا إلى بدلٍ، ومن له الحق إذا أسقط حقه مطلقاً وهو من أهلِ الإسقاط، والمحل قابل للسقوط، يسقط مطلقاً؛ كالإبراء عن الدين ونحو ذلك.

٣/٢٤ب

وعلى قوله الآخر الواجب أحدهما، فإذا عَفَا عن القصاص انصرف إلى الواجب تصحيحاً لتصرفه؛ كمن له على آخر دراهم أو دنانير ولا ينوي أحدهما بعينه، فأبرأه المديون عن أحدهما، ليس له أن يطالبه بالآخر، لما قلنا؛ كذا هذا.

وَلَوْ عَفَا عنه ثم قتله بعد العفو، يجب عليه القصاص عند عامة العلماء ـ رضي الله تعالى عنهم ـ.

وَقَال بعض الناس: لا يجب، واحتجوا بقوله ـ تبارك وتعالى: ﴿فَمَنِ ٱعْتَدَىٰ بَعْدَ ذَٰلِكَ فَلَهُ عَذَابٌ أَلِيمٌ﴾ [البقرة:١٧٨] جعل جزاء المعتدي وهو القاتل بعد العفو العذاب الأليم؛ وهو عذاب الآخرة، نستجير بالله ـ سبحانه وتعالى ـ من هَوْلِهِ، فلو وجب القصاص في الدنيا؛ لصار المذكور بعض الجزاء، ولأن القصاص في الدنيا يرفع عذاب الآخرة، لقوله ـ عليه الصلاة والسلام ـ «**السَّيْفُ مَحَّاءٌ لِلذُّنُوبِ**»[2] وفيه نسخ الآية الشريفة.

---

(١) في أ: وذلك.

(٢) رواه ابن حبان في صحيحه (١٠/ ٥١٩) رقم (٤٦٦٣) في حديث طويل من حديث عتبة بن عبدِ السلمي وكان من أصحاب النبي ﷺ وفيه.
«إن السيف محاء للخطايا».
ورواه أحمد (٤/ ١٨٥ ـ ١٨٦) والدارمي (٢/ ٢٠٦ ـ ٢٠٧). والبيهقي أيضاً في الكبرى (٩/ ١٦٤) كتاب فضل الشهادة في سبيل الله والطبراني في الكبير (١٧/ ١٢٥ ـ ١٢٦) رقم (٣١٠)، (٣١١) وقال الهيثمي في المجمع (٥/ ٣٠١): «رواه أحمد والطبراني ورجال أحمد رجال الصحيح خلا أبي المثنى الأملوكي وهو ثقة» اهـ.

وَلَنا عمومات القصاص من غير فصلٍ بين شخصٍ وشخص، وحالٍ وحالٍ، إلا شخصاً أو حالاً قيد بدليل؛ وكذا الحكمة التي لها شرع القصاص؛ وهو الحياة، على ما بينا ـ يقتضي الوجوب.

وأما الآية فقد قيل في بعض وجوه التأويل أن العذاب الأليم ههنا هو القصاص، فإن القتل غاية العذاب الدنيوي في الإيلام، فعلى هذا التأويل كانت الآية حجة عليهم، وتحتمل هذا وتحتمل ما قالوا، فلا تكون حجة مع الاحتمال.

وإن كان القصاص أكثر؛ بأن قتل رجلان واحداً، فإن عفا عنهما، سقط القصاص أصلاً لما ذكرنا، وإن عَفَا عن أحدهما سقط القصاص عنه، وله أن يقتل الآخر؛ لأنه استحق على كل واحد منهما قصاصاً كاملاً، والعفو عن أحدهما لا يوجب العفو عن الآخر.

وذكر في المنتقى عن أبي يوسف ـ رحمه الله ـ أنه يسقط القصاص عنهما؛ لأن طريق إيجاب القصاص عليهما أن يجعل كل واحد منهما قاتلاً على الانفراد؛ كأن ليس معه غيره، إذ القتل تفويت الحياة، ولا يتصور تفويت حياة واحدة من كل واحد منهما على الكمال، فيجعل كل واحد منهما قاتلاً على الانفراد، ويجعل قتل صاحبه عدماً في حقه، فإذا عَفَا عن أحدهما، والعفو عن القاتل جعل فعل الآخر عدماً تقديراً، فيورث شبهة، والقصاص لا يستوفي مع الشبهة.

وهذا ليس بسديدٍ؛ لأن طريق إيجاب القصاص عليهما ليس ما ذكر، وليس القتل اسماً لتفويت الحياة، بل هو اسم لفعل مؤثر في فوات الحياة عادةً، وَهَذا حصل لكل واحد منهما على الكمال، فالعفو عن أحدهما لا يؤثر في الآخر.

هذا إذا كان الولي واحداً، فأما إذا كان اثنين أو أكثر فعفا أحدهما، سقط القصاص عن القاتل، لأنه سقط نصيب العافي بالعفو، فيسقط نصيب الآخر ضرورة أنه لا يتجزأ؛ إذ القصاص قصاص واحد، فلا يتصور استيفاء بعضه دون بعض، وينقلب نصيب الآخر مالاً بإجماع الصحابة الكرام ـ رضي الله تعالى عنهم، فإنه روي عن عمر، وعبد الله بن مسعود، وابن عباس ـ رضي الله تعالى عنهم ـ أنهم أوجبوا في عفو بعض الأولياء الذين لم يعفوا نصيبهم من الدية؛ وذلك بمحضر من الصحابة ـ رضي الله عنهم ـ ولم ينقل أنه أنكر أحدٌ عليهم، فيكون إجماعاً.

وقيل: إن قوله تبارك وتعالى: ﴿فَمَنْ عُفِيَ لَهُ مِنْ أَخِيهِ شَيْءٌ﴾ [البقرة:١٧٨] نزلتْ في دم بين شركاء يعفو أحدهم عن القاتل، فللآخرين أن يتبعوه بالمعروف في نصيبهم؛ لأنه قال سبحانه وتعالى: ﴿فَمَنْ عُفِيَ لَهُ مِنْ أَخِيهِ شَيْءٌ﴾ [البقرة:١٧٨] وهذا العفو عن بعض الحق ويكون نصيب الآخر وهو نصف الدية في مال القاتل؛ لأن القتل عمد إلا أنه تعذر استيفاء القصاص

لما ذكرنا، والعاقلة لا تعقل العمد، ويؤخذ منه في ثلاث سنين عند أصحابنا الثلاثة، وعند زفر في سنتين.

وجه قوله أن الواجب نصف الدية، فيؤخذ في سنتين؛ كما لو قطع يد إنسان خطأ ووجب عليه نصف الدية؛ أنه يؤخذ في سنتين؛ كذا ههنا.

ولنا: أن الواجب جزء مما يؤخذ في ثلاث سنين، وحكم الجزء حكم الكل؛ بخلاف القطع، فإن الواجب هناك كل لا جزء؛ لأن كل دية يد واحدة هذا القدر، إلاَّ أنه قدر كل ديتها بنصف دية النفس، وهذا لا ينفي أن يكون كل دية الطرف، ولو عفا أحدُهما فقتله الآخر، ينظر: إن قتله ولم يعلم بالعفو أو علم به، لكنه لم يعلم بالحرمة، لا قصاص عليه عند أصحابنا الثلاثة - رحمهم الله -، وعند زفر - رحمه الله - عليه القصاص.

وجه قوله إنه قتل نفساً بغير حقٍّ؛ لأن عصمته عادت بالعفو؛ ألا ترى أنه حرم قتله، فكانت مضمونة بالقصاص؛ كما لو قتله قبل وجود القتل منه، فلو سقط إنما سقط بالشبهة، ومطلق الظن لا يورث شبهة، كما لو قتل إنساناً وقال: ظننتُ أنه قاتل أبي.

ولنا: أن في عصمته شبهة العدم في حق القاتل؛ لأنه قتله على ظن أن قتله مباحٌ له، وهو ظن مبني على نوع دليلٍ؛ وهو ما ذكرنا أن القصاص وجب حقاً للمقتول/ وكل واحد من الأولياء بسبيل من استيفاء حق وجب للمقتول، فالعفو من أحدهما ينبغي أن لا يؤثر في حق الآخر؛ ولأن سبب ولاية الاستيفاء وجد في حق كل واحد منهما على الكمال، وهو القرابة، فينبغي أن لا يؤثر عفو أحدهما في حق صاحبه. إلاَّ أنه امتنع هذا الدليل عن العمل بإجماع الصحابة - رضي الله تعالى عنهم - على ما بينا، فقيامه يورث شبهة عدم العصمة، والشبهة في هذا الباب تعمل عمل الحقيقة، فتمنع وجوب القصاص، ويجب عليه نصف الدية؛ لأن القصاص إذا تعذر إيجابه للشبهة، وجب عليه كمال الدية، كان على القاتل نصف الدية، فصار النصف قصاصاً بالنصف، فيوجب عليه النصف الآخر، ويكون في ماله لا على العاقلة؛ لأنه وجب بالقتل وهو عمدٌ، والعاقلة لا تعقل العمد، وإن علم بالعفو والحرمة، يجب عليه القصاص؛ لأن المانع من الوجوب الشبهة، وأنها نشأت عن الظن ولم يوجد، فزال المانع، وله على المقتول نصف الدية؛ لأنه قد كان انقلب نصيبه مالاً بعفو صاحبه، فبقي ذلك على المقتول.

هذا إذا كان القصاص الواحد مشتركاً بينهما فعفا أحدهما عن نصيبه، فأما إذا وجب لكل واحد منهما قصاص كاملٌ قبل القاتل؛ بأن قتل واحد رجلين فعفا أحدهما عن القاتل - لا يسقط قصاص الآخر؛ لأن كل واحد منهما استحق عليه قصاصاً كاملاً، ولا استحالة له في ذلك؛ لأن القتل ليس تفويت الحياة ليقال إن الحياة الواحدة لا يتصور تفويتها من اثنين، بل هو اسم لفعل

مؤثر في فوات الحياة عادةً، وهذا يتصور من كل واحدٍ منهما في محل واحد على الكمال، فعفو أحدهما عن حقه وهو القصاص لا يؤثر في حق صاحبه؛ بخلاف القصاص الواحد المشترك، والله سبحانه وتعالى ـ أعلم.

هذا إذا عَفَا الولي عن القاتل بعد موت وليه، فأما إذا عفا عنه بعد الجرح قبل الموت، فالقياس أنْ لا يصح عفوه، وفي الاستحسان يَصِحُّ.

وجه القياس أن العفو عن القتل يستدعي وجود القتل، والفعل لا يصير قتلاً إلاَّ بفوات الحياة عن المحل، ولم يوجد، فالعفو لم يصادق محله، فلم يصح، وللاستحسان وجهان:

أحدهما: أن الجرح متى اتصلت به السراية تبين أنه وقع قتلاً من حين وجوده، فكان عفواً عن حق ثابت، فيصح؛ ولهذا لو كان الجرح خطأً فكفر بعد الجرح قبل الموت ثم مات، جاز التكفير.

والثاني: أن القتل إن لم يوجد للحال، فقد وجد سبب وجوده؛ وهو الجرح المفضي إلى فوات الحياة، والسبب المفضي إلى الشيء يُقَام مقام ذلك الشيء في أصول الشرع؛ كالنوم مع الحدث، والنكاح مع الوطء، وغير ذلك؛ ولأنه إذا وجد سبب وجود القتل، كان العفو [منه][1] تعجيل الحكم بعد وجود سببه، وأنه جائز كالتكفير بعد الجرح قبل الموت في قتل الخطأ، والله أعلم.

وكذلك العفو من المولى، واحداً كان أو أكثر، والعفو من الوارث سواء في جميع ما وصفنا، إلا أن في القصاص بين المولبين إذا عفا أحدهما، فللآخر حصته من قيمة العبد وههنا من الدية؛ لأن القيمة في دم العمد كالدية في دم الحر.

فأما فيما وراء ذلك، فلا يختلفان، هذا كله إذا كان العفو من المولى أو من الولي، فأما إذا كان من المجروح؛ بأن كان المجروح عفا، لا يصح عفوه؛ لأن القصاص يجب حقًّا للمولى لا له، وإن كان حُرًا فإن عفا عن القتل، ثم مات، صح؛ استحساناً، والقياس: أن لا يصح.

وجه القياس والاستحسان على نحو ما ذكرنا، وإن عفا عن القطع أو الجراحة أو الشجة أو الجناية ثم مات أولاً، فجملةُ الكلام فيه أن الجرح لا يخلو إما أن يكون عمداً أو خطأً، فإن كان عمداً، فالمجروح لا يخلو إما أن يقول: عفوت عن القطع، أو الجراحة، أو الشجة، أو

---

(١) سقط من ط.

الضربة، وهذا كله قسم واحدٌ، وإما إن يقول عفوت عن الجناية، والقسم الأول لا يخلو إما إن ذكر معه ما يحدث منها، وإما لم يذكر، وحال المجروح لا يخلو إما إن برىء وَصَحَّ، وإما إن مات من ذلك، فإن برىء من ذلك صح العفو في الفصول كلها؛ لأن العفو وقع عن ثابت؛ وهو الجراحة، أو موجبها وهو الأرش، فيصح، وإن سرى إلى النفس ومات، فإن كان العفو بلفظ الجناية أو بلفظ الجراحة وما يحدث منها، صح بالإجماع، ولا شيء على القاتل؛ لأن لفظ الجناية يتناول القاتل؛ وكذا لفظ الجراحة وما يحدث منها، فكان ذلك عفواً عن القتل، فيصح، وإن كان بلفظ الجراحة ولم يذكر (ما يحدث منها)، لم يصح العفو في قول أبي حنيفة - رضي الله عنه - والقياس أن يجب القصاص، وفي الاستحسان تجب الدية في مال القاتل، وعندهما يصح العفو ولا شيء على القاتل.

٣/ ٢٥ب وجه قولهما إن السراية أثر الجراحة، والعفو/ عن الشيء يكون عفواً عن أثره؛ كَمَا إذا قال: عفوت عن الجراحة وما يحدث منها.

ولأبي حنيفة - رضي الله عنه - وجهان.

أحدهما: أنَّه عفا عن غير حقه، فإن حقه في موجب الجناية لا في عينها؛ لأن عينها عرض لا يتصور بقاؤها، فلا يتصور العفو عنها، ولأن عينها جناية وجدت من الخارج، والجناية لا تكون حق المجني عليه، فكان هذا عفواً عن موجب الجراحة، وبالسراية يتبين أنه لا موجب بهذه الجراحة؛ لأن عند السراية يجب موجب القتل بالإجماع؛ وهو القصاص إن كان عمداً، والدية إن كان خطأ، ولا يجب الأرش وقطع اليد مع موجب القتل؛ لأن الجمع بينهما غير مشروع.

والثاني: إن كان العَفْوُ عن القَطْعِ والجرح صحيحاً، لكن القطع غير والقتل غير، فالقطعُ إبانة الطرف، والقتل فعل مؤثر في فَوات الحياة عادةً، وموجب أحدهما القطع والأرش، وموجب الآخر القتل والدية، والعفو عن أحد الغيرين لا يكون عفواً عن الآخر في الأصل، فكان القياس أن يجب القصاص لوجود القتل العمد وعدم ما يسقطه، إلا أنه سقط للشبهة، فتجب الدية وتكون في ماله؛ لأنها وجبت بالقتل العمد، والعاقلة لا تَعْقِلُ العمدَ.

هذا إذا كان القتل عمداً، فأما إذا كان خطأ، فإن برىء من ذلك، صح العفو بالإجماع، ولا شيء على القاطع، سواء كان بلفظ الجناية أو الجراحة، وذكر ما يحدث منها أو لم يذكر؛ لما قلنا.

وَإن سرى إلى النفس، فإن كان بلفظ الجناية أو الجراحة وما يحدث منها، صح أيضاً لما ذكرنا، ثم إن كان العفو في حال صحة المجروح؛ بأن كان يذهب ويجيء، ولم يصر صاحب

فراش، يعتبر من جميع ماله، وإن كان في حال المرض بأنْ صار صاحب فراش، يعتبر عفوه من ثلث ماله؛ لأن العفو تبرع منه، وتبرع المريض مرض الموت يعتبر من ثلث ماله، فإن كان قدر الدية يخرج من الثلث، سقط ذلك القدر عن العاقلة، وإن كان لا يخرج كله من الثلث، فثلثه يسقط عن العاقلة، وثلثاه يؤخذ منهم.

وَإن كان بلفظ الجراحة ولم يذكر ما يحدث منها، لم يصح العفو، والدية على العاقلة عند أبي حنيفة، وعندهما يصح العفو، وهذا وقوله: عفوت عن الجراحة وعن الجناية وما يحدث منها سواء؛ وقد بينا حكمه، والله أعلم.

ولو كان مكان العفو صلح؛ بأن صالح من القطع أو الجراحة على مال، فهو على التفصيل الذي ذكرنا أنه إن برىء المجروح، فالصلح صحيحٌ بأيِّ لفظٍ كان، وسواء كان القطع عمداً أو خطأً؛ لأن الصلح وقع عن حق ثابت، فيصح، وإن سرى إلى النفس، فإن كان الصلح بلفظ الجناية أو بلفظ الجراحة وما يحدث منها، فالصلح صحيحٌ أيضاً، لأنه صلح عن حق ثابت؛ وهو القصاص، وإن كان بلفظ الجراحة، ولم يذكر: وما يحدث منها، فعند أبي حنيفة - رحمه الله - لا يصح الصلح، ويؤخذ جميع الدية من ماله في العمد، وإن كان خطأ يرد بدل الصلح، ويجب جميع الدية على العاقلة، والله سبحانه وتعالى أعلم.

ولو كان مكان الصلح نكاح؛ بأنْ قطعتْ امرأةٌ يدَ رجلٍ أو جرحته، فتزوجها على ذلك، فهو على ما ذكرنا من التفاصيل أنه إن برىء من ذلك جاز النكاح، وصار أرش ذلك مهراً لها؛ لأنه تبين أن موجب ذلك الأرش، سواء كان القطع عمداً أو خطأً؛ لأن القصاص بين الذكور والإناث لا يجري فيما دون النفس، فكان الواجب هو المال، فإذا تزوجها عليه، فقد سمى المال، فكان مهراً لها.

وإن سرى إلى النفس، فإن كان النكاح بلفظ الجناية أو بلفظ الجراحة وما يحدث منها، وكان القطع خطأً، جاز النكاح، وصار دم الزوج مهراً لها؛ لأنه لما اتصلت به السراية تبين أنه وقع قتلاً موجباً للدية على العاقلة، فكان التزوج على موجب الجناية وهو الدية، وسقطت عن العاقلة لصيرورتها مهراً لها.

وَهَذَا إذا كان وَقْتُ النكاح صحيحاً، فإن كان مريضاً، فبقدر مهر المثل يسقط عن العاقلة؛ لأنه ليس بمتبرع في هذا القدر.

وأما الزيادة على ذلك فينظر: إن كانت تخرج من ثلث ماله يسقط أيضاً، وإن كانت لا تخرج من ثلث ماله، فبقدر الثلث يسقط أيضاً، والزيادة تكون للزوج ترجع إلى ورثته، وإنما اعتبر خروج الزيادة من ثلث ماله؛ لأنه متبرعٌ بالزيادة، وهو مريض مرض الموت.

هذا في الخطأ، وأما في العمد جاز النكاح، وصار عفواً.

أما جَواز النكاح، فلا شك فيه؛ لأن جوازه لا يقف على تسمية ما هو مال. وأما صيرورة النكاح على القصاص عفواً له؛ لأنه لما تزوجها على القصاص فقد أزال حقه عنه وأسقطه، وهذا معنى العفو، ولها مهر المثل من تركة الزوج؛ لأن النكاح لا يجوز إلا بالمهر، والقصاص لا يصلح مهراً؛ لأنه ليس بمالٍ، فيجب لها العوض الأصلي وهو مهر المثل، فَإن كان بلفظ الجراحة، ولم يذكر: وما يحدث منها؛ فكذلك/ الجواب عندهما في العمد والخطأ. ٣/ ١٢٦أ

وعند أبي حنيفة ـ رحمه الله ـ بطل العفو إذا كان عمداً، ولها مهر المثل من مال الزوج، وتجب الدية من مالها، فيتناقصان بقدر مهر المثل، وتضمن المرأة الزيادة، وإن كانت خطأ فتجب الدية على عاقلتها، ولها مهر المثل من مال الزوج، ولا ترث المرأة من مال الزوج شيئاً؛ لأنها قاتلة، ولا ميراث للقاتل، والله تعالى أعلم.

ولو كان مكان النكاح خلع؛ بأن قَطَعَ يَدَ امرأته أو جرحها جراحةً، فخلعها على ذلك، فهو على ما ذكرنا أنها إن برئت جاز الخلع، وكان بائناً، لأنه تبين أنه خلعها على أرش اليد، فصح الخلع، وصار أرش اليد بدل الخلع، والخلع على مال طلاق بائن، ويستوي فيه العمد والخطأ؛ لما مر.

وإن سرى إلى النفس، وكان خطأ، فإن ذكر بلفظ الجناية أو بلفظ الجراحة وما يحدث منها، جاز الخلع، ويكون بائناً؛ لأنه تبين أن الفعل وقع قتلاً، فتبين أنه وقع موجباً للدية، فكان الخلع واقعاً على ماله، وهو الدية، فيصح، ويكون بائناً، ثم إن كانت المرأة صحيحة وقت الخلع، جاز ذلك من جميع المال، وإن كانت مريضة، صارت الدِّية بدل الخلع، ويعتبر خروج جميع الدِّية من الثلثِ؛ بخلاف النِّكاح حيث يعتبر هناك خروج الزيادة على قدر مهر المثل من الثلث؛ لأن تلك الحال حال دخول البضع في ملك الزوج، وهذه حالة الخروج والبضع يعد مالاً حال الدخول في ملك الزوج، ولا يعد مالاً حال الخروج عن ملكه، وإن كان يخرج من الثلث سقط عن العاقلة، وإن لم يكن لها مال يسقط، والثلثان على العاقلة، ويكون بمنزلة الوصية.

هذا في الخطأ، فأما في العمد، جاز العفو ولا يكون مالاً، وخلعها بغيرِ مالٍ يكون رجعيًا، وإن كان الخلع بلفظ الجراحة، ولم يذكر: وما يحدث منها، فعندهما الجواب كذلك، وعند أبي حنيفة ـ رحمه الله ـ لم يصح العفو، وتجب جميع الدية في ماله في العمد، وفي الخطأ على العاقلة، ويكون الخلع بغير مالٍ، فيكون الطلاق رجعيًا، والله تعالى أعلم.

ومنها: الصلح[1] على مال؛ لأن القصاصَ حق للمولى، ولصاحب الحق أن يتصرف في حقه استيفاء وإسقاطاً؛ إذا كَانَ من أهل الإسقاط، والمحل قابلٌ للسقوط؛ ولهذا يملك العفو، فيملك الصلح؛ ولأنَّ المقصود من استيفاء القصاص وهو الحياة يحصل به؛ لأن الظاهر أن عند أخذ المال عن صلح وتراض، تسكن الفتنة، فلا يقصد الولي قتل القاتل، فلا يقصد القاتل قتله، فيحصل المقصود من استيفاء القصاص بدونه.

وقيل: إن قوله ـ تبارك وتعالى ـ: ﴿فَمَنْ عُفِيَ لَهُ مِنْ أَخِيهِ شَيْءٌ﴾ [البقرة:١٧٨] الآية، نزل في الصلح عن دم العمد، فيدل على جواز الصلح، وسواء كان بدل الصلح قليلاً أو كثيراً، من جنس الدية أو من خلاف جنسها، حالاً أو مؤجلاً، بأجلٍ معلوم أو مجهول جهالةً متفاوتةً؛ كالحصاد والدياس ونحو ذلك؛ بخلاف الصلح من الدية على أكثر مما تجب فيه الدية أنه لا يجوز؛ لأن المانع من الجواز هناك تمكن الربا، ولم يوجد ههنا؛ لأن الربا يختص بمبادلة المال بالمال، والقصاص ليس بمالٍ، وقد ذكرنا شرائط جواز الصلح وَمَنْ يملك الصلح ومن لا يملكه في كتاب الصلح.

ولو صالح الولي القاتل على مال، ثم قتله، يقتص منه عند عامة العلماء ـ رضي الله عنهم ـ.

وقال بعض الناس: لا قصاص عليه، وقد مرت المسألة في العفو.

ولو كان الولي اثنين، والقصاص واحدٌ، فصالح أحدهما، سقط القصاص عن القاتل، وينقلب نصيب الآخر مالاً؛ لما ذكرنا في العفو.

ولو قتله الآخر بعد عفو صاحبه، فهو على التفصيل والخلاف والوفاق الذي ذكرناه في العفو.

ولو كان القصاص أكثر، فصالح ولي أحد القتيلين، فللآخر أن يستوفي؛ وكذا لو صالح

---

(١) يجوز الصلح على القصاص ولا خلاف في ذلك بين العلماء والدليل على ذلك.

عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي ﷺ قال: «من قتل متعمداً دفع إلى أولياء المقتول فإن شاؤوا قتلوا وإن شاؤوا أخذوا الدية وهي ثلاثون حقة وثلاثون جذعة وأربعون خلفة وما صولحوا عليه فهو لهم» رواه الترمذي.

وما روي أن هدبة بن خشرم قتل قتيلاً فبذل سعيد بن العاص والحسن والحسين لابن المقتول سبع ديات ليعفو عنه فأبى ذلك وقتله.

ومن المعقول: «أن الصلح عوض عن غير مال (القصاص) فجاز الصلح عنه بما اتفقوا عليه كالصداق وعوض الخلع.

الولي مع أحد القاتلين، كان له أن يقتص للآخر؛ لما ذكرنا في العفو؛ وكذلك حكم المولى في الصلح عن دم العمد في جميع ما وصفنا.

ومنها: إرث القصاص؛ بأن وجب القصاص لإنسان فمات مَنْ له القصاص فورث القاتل القصاص، سقط القصاص؛ لاستحالة وجوب القصاص له وعليه، فيسقط ضرورة.

ولو قتل رجلان رجلين كل واحد منهما ابن الآخر عمداً، وكل منهما وارث الآخر، قال أبو يوسف ـ رحمه الله ـ: لا قصاص عليهما.

وقال الحسن بن زياد ـ رحمه الله ـ: يوكل كل واحد منهما وكيلاً يستوفي القصاص، فيقتلهما الوكيلان معاً.

وقال زفر ـ رحمه الله ـ: يقال للقاضي: ابتدِ بأيهما شئت، وسلمه إلى الآخر حتى يقتله ويسقط القصاص عن الآخر.

وجه قول زفر ـ رحمه الله ـ أن القصاص وجب على كل واحدٍ منهما لوجود السبب من كل واحدٍ منهما، وهو القتل العمد، إلا أنه لا يتمكن استيفاؤهما؛ لأنه إذا استوفى أحدهما يسقط الآخر؛ لصيرورة القصاص ميراثاً للقاتل الآخر، فكان الخيار فيه إلى القاضي يبتدىء بأيهما شاء، ويسلمه إلى الآخر حتى يقتله ويسقط القصاص عن الآخر/ . ٣/٢٦ب

وجه قول الحسن ـ رحمه الله ـ أن استيفاء القصاص منهما ممكن بالوكالة؛ بأن يقتل كل واحد من الوكيلين كل واحد من القاتلين في زمان واحدٍ، فلا يتوارثان؛ كما في الغرقى والحرقى.

وجه قول أبي يوسف ـ رحمه الله ـ أن وجوب القصاص وجوب الاستيفاء لا يعقل له معنى سواه، ولا سبيل إلى استيفاء القصاص؛ لأنه إذا استوفى أحدهما سقط الآخر، وليس أحدهما بالاستيفاء أولىٰ من الآخر، فتعذر القول بالوجوب أصلاً؛ ولأن في استيفاء أحد القصاصين إبقاء حق أحدهما، وإسقاط حق الآخر، وهذا لا يجوز، والقول باستيفائهما بطريق التوكيل غير سديد؛ لأن الفعلين قل ما يتفقان في زمان واحد، بل يسبق أحدهما الآخر عادةً؛ وكذا أثرهما الثابت عادةً وهو فوات الحياة، وفي ذلك إسقاط القصاص عن الآخر.

وقالوا في رجلٍ قطع يد رجل، ثم قتل المقطوع يده ابن القاطع عمداً، ثم مات المقطوع يده من القطع ـ إن على القاطع القصاص، وهو القتل لولي المقطوع يده؛ لأنه مات بسبب سابق على وجود القتل منه، وهو القطع السابق؛ لأن ذلك القطع صار بالسراية قتلاً، فوجب القصاص على القاطع، ولا يسقط بقتل المقطوع يده ابن القاطع، والله ـ سبحانه وتعالى ـ أعلم.

ومنها: حرمان الميراث لحصول القتل مباشرة بغير حقٍّ؛ ولهذا يثبت بالقتل الخطأ، فبالعمد أولى[١].

وأما الكفارة، فلا تجب عندنا، وعند الشافعي - رحمه الله - تجب[٢]، وجه قوله إن

---

(١) واختلف في القتل المانع من الإرث فعن معاشر الشافعية لا يرث من له مدخل في القتل. ولو كان بحق كمقتص وإمام وقاصد وجلاء بأمرهما أو أحدهما سواء أكان مباشراً أم متسبباً بالاختيار أم بالإكراه - لكنهم رجحوا في صورة من حفر بئراً في ملكه فقتل فيه مورثه. وكذا من وضع حجراً أو نصب ميزاباً في ملكه أو بنى حائطاً في ملكه فمات المورث بسببها - رجحوا في هذه الصور الإرث. . . لأنه لم يتعد فيها. أما إذا تعدى بأن حفر بئراً في الطريق فإنه لا يرث إذا مات بها مورثه - هذا إذا كان التسبب قريباً. بخلاف ما إذا كان بعيداً كأن أحبل الزوج زوجته فماتت بالولادة فإنه يرث. وإن كان له تسبب في موتها بالإحبال - لكنه بعيد - ولأن الوطء من باب الاستمتاع. ومن شأنه ألا يتسبب إليه قتل.

هذا والقتل يشمل المقصود كما تقدم وغير المقصود كقتل النائم والمجنون والصبي غيرهم. فلا يرث واحد منهم من قتله.

وأما حديث «رفع القلم عن ثلاث - عن الصبي حتى يبلغ وعن النائم حتى يستيقظ وعن المجنون حتى يفيق» فلا يرد علينا - لأن المرفوع هنا إنما هو قلم التكليف ولا تعلق له بالإرث.

وخالف في ذلك أبو حنيفة فقال بإرث القاتل إذا كان صبياً أو مجنوناً لارتفاع القلم عنهما.

وعندنا لا إرث لمن له دخل في القتل سواء أقصد به مصلحة كضرب الأب ابنه للتأديب فيموت بسببه وربطه الجرح للمعالجة أم لا.

قال ﷺ: «ليس للقاتل من الميراث شيء» أي ليس لمن له مدخل في القتل شيء من الإرث.

وأما السادة الحنفية. فيقولون: إن القتل المانع من الإرث هو ما يتعلق به وجوب القصاص أو الكفارة. فالذي يوجب القصاص هو العمد. وما يوجب الكفارة إما شبه العمد وإما الخطأ - وموجبهما الكفارة والدية على العاقلة ولا إثم فيه. ويحرم القاتل الميراث في هذه الصور كلها - هذا إذا كان القتل بغير حق - أما لو قتل موزثه قصاصاً أو حداً أو دفعاً عن نفسه فلا يحرم الميراث - وكذا إذا تسبب في القتل ولم يباشره مطلقاً سواء كان في تسببه متعدياً أم لا.

واعترض على الحنفية في قصر المانع على القتل الموجب للقصاص أو الكفارة - بما إذا قتل الأب ابنه عمداً فإنه لم يثبت به قصاص ولا كفارة مع أنه محروم اتفاقاً وأجيب بأنه موجب للقصاص بحسب أصله إلا أنه سقط بقوله عليه الصلاة والسلام: «لا يقتل الوالد بولده ولا السيد بعبده».

وعند السادة الحنابلة كل قتل مضمون بدية أو قصاص أو كفارة مانع وما لا فلا - أما القتل بحق فلا يمنع الميراث.

وعند السادة المالكية. يرث القاتل خطأ من المال دون الدية. ولا يرث القاتل عمداً وعدواناً. ينظر المواريث لشيخنا وهبة إبراهيم.

(٢) يقول الله تعالى: ﴿وما كان لمؤمن أن يقتل مؤمناً إلاَّ خطأ ومن قتل مؤمناً خطأ فتحرير رقبة مؤمنة، ودية مسلمة إلى أهله إلاَّ أن يصدقوا. . .﴾ إلى أن قال ﴿فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين توبة من الله وكان الله عليماً حكيماً ومن يقتل مؤمناً متعمداً فجزاؤه جهنم خالداً فيها وغضب الله عليه ولعنه وأعدَّ له عذاباً عظيماً﴾.

=

....

= فبين سبحانه وتعالى أن القتل في ذاته جريمة منكرة ليس من شأن المؤمن أن يقدم عليها، ولا من طبعه الميل إليها، وأنه إن فعل ذلك إنما يفعله عن كُرْهٍ منه، وعلى غير قصد، وأنه في هذه الْحَالَةِ عليه أن يخرج رقبة من ذُلِّ العبودية تتمتع بنسيم الحرية بدل تلك الرقبة التي فارقت الحياة الدنيا، فإن كان معسراً عاجزاً عن تحرير تلك الرقبة، فعليه أن يصوم شهرين متتابعين تهذيباً لنفسه، وإشعاراً لها بما وقع منها من التقصير؛ لعل الله يغفر لها ما فرط من ذنب إنه غفور رحيم.

وهذه الآيات بظاهرها تفيد أن الكفارة إنما تجب في قتل الخطأ دون العمد إذ القاتل عمداً جعل الله جزاءه جهنم خالداً فيها، وغضب الله عَلَيْهِ، وَلَعَنَهُ، وَأَعَدَّ لَهُ عَذَاباً عَظِيماً.

ومن هنا اتفقت كلمة الفقهاء على وجوب الكفارة في قتل الخطأ.

وبعد اتفاق الفقهاء على وجوب الكفارة في قتل الخطأ اختلفوا في وجوبها في غيره، كالعمد، وشبه العمد عند من يقول به.

فالإمام مالك، وأهل الظاهر يرون أن الكفارة لا تجب في العمد، ولا في شبه العمد.

ويرى المالكية: أن على القاتل عمداً إذا عفى عنه أن يكفر بما يكفر به القاتل خطأ على سبيل النوب، لا على سبيل الوجوب، ويُجْلَدُ مِائةً، ويغرب سنة ويرى الحنفية: أن الكفارة تجب في شبه العمد دون العمد.

ويرى الشافعية: أنها تجب في كل قتل سواء كان خطأ أم عمداً، أم شبه عمد، وهو رواية عن الإمام أحمد.

واستدل المالكية، ومن وافقهم بالآيتين السابقتين، ووجه الدلالة منهما أن الله سبحانه وتعالى قد ذكر فيهما ما يترتب على كل منهما، وما ذكره بجانب كل هو تمام ما وجب فيه، ولم يذكر بجانب قتل العمد كفارة، فعلم من ذلك أنها غير واجبة فيه، ولم يثبت من طريق صحيح ما يفيد وجوبها في غير الخطأ، فكان القول بالوجوب قولاً بلا دَلِيلٍ.

ونوقش هذا الدليل بأن الله تعالى لم يذكر بجانب قتل العمد جلد مائة للقاتل، ولا تغريب سنة، ومع ذلك. فالمستدل بالدليل السابق كالمالكية يوجبونها على القاتل عمداً إذا عفي عنه، فمن أين أخذوا ذلك؟ أليس ذلك ثابتاً عندهم بطريق القياس على الزَّانِي، فكان الأجدر بهم أن يقيسوا القتل عمداً على القتل خطأ؛ لأن جنس القتل يجمعهما.

واستدل الحنفية على عدم وجوبها في العمد بالآية السابقة، وعلى وجوبها في شبه العمد بقوله تعالى: ﴿وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِناً خَطَأً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ...﴾ الآية.

ووجه الاستدلال: أن شبه العمد فيه خطأ من وجه، فكان داخلاً في قوله تعالى: ﴿وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِناً خَطَأً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ...﴾ الآية. فيجب فيه ما يجب في الخطأ.

ويرد هذا الاستدلال بأن شبه العمد مغاير للعمد كما هو مغاير للخطأ، والآية لم يذكر فيها إلا الخطأ، كما أن الآية الثانية لم يذكر فيها إلا العمد، فكان مقتضى الاستدلال على عدم وجوب الكفارة في القتل عمداً بالآية السابقة عدم وجوبها أيضاً في شبه العمد، وإلا كان ذلك زيادة على النص، كما يقولون. وإثباتهم الكفارة في شبه العمد ظهر أنه بالقياس على الخطأ لوجود ما يجمعهما، فيجب القول بثبوتها كذلك في القتل عمداً بالقياس على القتل خطأ ـ لاشتراكهما معاً في جنس القتل، ولا يفيدهم القول بأن الكفارات لا تثبت بالقياس بعد ما ثَبَتَ من قولهم به بثبوت الكفارة في شبه العمد، وبعد ما ظهر أن ذلك بالقياس على الخطأ. =

الكفارة لرفع الذنب ومحواً لإثم، ولهذا وجبت في القتل الخطأ، والذنب في القتل العمد أعظم، فكانت الحاجة إلى الدفع أشد.

ولنا: إن التحرير أو الصوم في الخطأ إنما وجب شكراً للنعمة؛ حيث سلم له أعز الأشياء إليه في الدنيا، وهو الحياة، مع جواز المؤاخذة بالقصاص؛ وكذا ارتفع عنه المؤاخذة في الآخرة، مع جواز المؤاخذة، وهذا لم يوجد في العمد فيقدر الإيجاب شكراً أوجب لحق التوبة عن القتل بطريق الخطأ، وألحق بالتوبة الحقيقية؛ لخفة الذنب بسبب الخطأ، والذنب ههنا أعظم، فلا يصلح لتحرير توبة [له][1]، والله تعالى أعلم.

وأما شبه العمد، فيتعلق به أحكامٌ.

منها: وجوب الدية المغلظة على العاقلة، أما وجوب الدية فلأن القصاص امتنع وجوبه مع وجود القتل العمد للشبهة فتجب الدية.

= واستدل الشَّافِعِيَّةُ على وجوبها في غير الخطأ بما رواه أحمد، وأبو داود، والنَّسَائِيُّ عن وَاثِلَةَ بنِ الأَسْقَعِ قال: أتينا رَسُولَ الله ﷺ فِي صَاحِبٍ لَنَا أَوْجَبَ «يَعْنِي النَّارَ بِالْقَتْلِ» فَقَالَ: «أَعْتِقُوا عَنْهُ يَعْتِقِ الله بِكُلِّ عُضْوٍ مِنْهُ عُضْواً مِنْهُ مِنَ النَّارِ».
ووجه الدلالة أن النَّبِيَّ ﷺ - أَمَرَ السائلين بأن يعتقوا رَقَبَةً عمن مات، وقد استحق النار بالقتل؛ ومعلوم أن الذي يستحق النار بالقتل هو من قتل قتلاً عمداً، أو شبه عمد؛ لأن القاتل خطأ لا يستحق النار بالقتل اتفاقاً لعذره بالخطأ مصداقاً لقوله عليه الصلاة والسلام: «رُفِعَ عَنْ أُمَّتِي الْخَطَأ، والنِّسْيَانُ، وَمَا اسْتُكْرِهُوا عَلَيهِ».
والأمر للوجوب؛ فكانت الكفارة في غير الخطأ واجبة، وبذلك يكون هذا الحديث مبنياً أن المذكور في الآية المتعلقة بالقتل العمد ليس هو كل جزاء القاتل، بل يكون هذا جزاءه إن لم يخرج الكفارة، وإذا كانت الكفارة ثابتة في الخطأ مع أنه لا إثم فيه، فلا شك أن ثبوتها في القتل العمد من باب أولى؛ لأن الكفارة شأنها أن تكفر، وتستر ما وقع من ذنب أو خطيئة، وذلك في العمد متحقق بأجلى معانيه؛ لأن الإثم فيه عظيم، والجرم فيه كبير:
ومما تقدم يظهر لنا رجحان مذهب الشافعية؛ لأن دليلهم لم يرد عليه ما ورد على غيره من مناقشات تجعله غير صالح للاستدلال به، ولكن ينبغي أن يفصل بين من اقتص منه، فلا تجب عليه كفارة؛ لأن القصاص نفسه كفارة، كما تقدم في مبحثُ «الْحُدُودُ كَفَّارَات» وبين من لم يقتص منه فتجب عليه، ويؤيد هذا الحديث المذكور عن واثلة بن الأسقع.
مما تقدم علم أن العلماء مختلفون في سبب كفارة القتل.
فمنهم من يرى أن السبب هو القتل خطأ، ولذا لا يوجبها بغيره، ومنهم من يرى أن السبب هو القتل مطلقاً عمداً أو خطأ، ولذا أوجبها فيهما. ينظر الكفارات لشيخنا حسن علي حنين الكاشف، وينظر: المغني ٩/ ٦٧١، الخطيب على المنهاج ٤/ ١٠٨، والمحلى ١٠/ ٢٥٩ والشرح الكبير ٤/ ٢٥٤.

(١) سقط من ط.

وأما صفة التغليظ فلإجماع الصحابة رضي الله عنهم لأنهم اختلفوا في كيفية التغليظ على ما نذكر إن شاء الله تعالى، واختلافهم في الكيفية دليلُ ثبوت الأصل.

وأما الوجوب على العاقلة[١]؛ فلأن العاقلة إنما تعقل الخطأ تخفيفاً على القاتل؛ نظراً له لوقوعه فيه لا عن قصد، وفي هذا القتل شبهة عدم القصد لحصوله بآلة لا يقصد بها القتل عادة؛ فكان مستحقاً لهذا النوع من التخفيف.

ومنها: حرمان الميراث.

ومنها: عدم جواز الوصية؛ لأنه قتل مباشرة بغير حقٍّ.

وهل تجب الكفارة في هذا القتل؟.

ذكر الكرخي رحمه الله ـ أنها تجب، وألحقه بالقتل الخطأ المحض في وجوب الكفارة.

وقال بعض مشايخنا: لا تجب، وألحقه بالعمد المحض في عدم وجوب الكفارة.

وجه ما ذكره الكرخي ـ رحمه الله ـ إن الكفارة إنما وجبت في الخطأ، إما لحق الشكر أو لحق التوبة على ما بينا، والداعي إلى الشكر والتوبة ههنا موجود؛ وهو سلامة البدن، وكون الفعل جناية فيها نوع خفة لشبهة عدم القصد، فأمكن أن يجعل التحرير فيه توبة.

وجه القول الآخر أن هذه جناية متغلظة؛ ألا ترى أن المؤاخذة فيها ثابتة بخلاف الخطأ، فلا يصلح التحرير توبة[٢] بها كما في العمد؛ والله تعالى أعلم.

وأما القتل الخطأ، فيختلف حكمه باختلاف حال القاتل والمقتول، فنفصل الكلام فيه، فنقول:

القاتل والمقتول إما أن يكونا جميعاً حُرَّيْن، وإما إن كان للقاتل حراً والمقتول عبداً، وإما إن كان القاتل عبداً والمقتول حرّاً، وإما إن كانا جميعاً عبدين؛ فإن كانا حرين، فيتعلق به أحكام.

---

(١) العاقلة: مأخوذ من العقل، وهو الدية، وسميت الدية عقلاً؛ لأن الإبل كانت تعقل بفناء ولي المقتول، يقال؛ عقلت المقتول: إذا أديت ديته، ومنه سمي العقل عقلاً؛ لأنه يمنع من الخطأ كما يمنع العقال الدابة من الذهاب.

(٢) في ط: بها.

منها: وجوب الكفارة عند وجود شرائط الوجوب؛ وهي نوعان: بعضُها يرجع إلى القاتل، وبعضها إلى المقتول.

أما الذي يرجع إلى القاتل: فالإسلام، والعقل، والبلوغ، فلا تجب الكفارة على الكافر والمجنون والصبي؛ لأن الكفار غير مخاطبين بشرائع هي عبادات، والكفارة عبادة، والصبي والمجنون لا يخاطبا بالشرائع أصلاً.

وأما الذي يرجع إلى المقتول، فهو أن يكون المقتول معصوماً، فلا تجب بقتل الحربي والباغي؛ لعدم العصمة.

وأما كونه مسلماً فليس بشرطٍ، فيجب، سواء كان مسلماً أو ذميًا أو مستأمناً، وسواء كان مسلماً أسلم في دار الإسلام أو في دار الحرب، ولم يهاجر إلينا؛ لقوله سبحانه وتعالى: ﴿وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِناً خَطَأً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ...﴾ إلى قوله تعالى: ﴿فَإِنْ كَانَ مِنْ قَوْمٍ عَدُوٍّ لَكُمْ وَهُوَ مُؤْمِنٌ فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ/ مُؤْمِنَةٍ، وَإِنْ كَانَ مِنْ قَوْمٍ بَيْنَكُمْ وَبَيْنَهُمْ مِيثَاقٌ فَدِيَةٌ مُسَلَّمَةٌ إِلَىٰ أَهْلِهِ وَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ﴾ [النساء:٩٢] ولأن القاتل قد سلم له الحياة في الدنيا؛ وهي من أعظم النعم، ورفعت عنه المؤاخذة في الآخرة، مع جواز المؤاخذة في الحكمة؛ لما في وسع الخاطىء في الجملة حفظ نفسه عن الوقوع في الخطأ، وهذا أيضاً نعمة، فكان وجوب الشكر لهذه النعمة موافقاً للعقل، فبين الله تعالى مقداره وجنسه بهذه الآية؛ ليقدر العبد على أداء ما وجب عليه من أصل الشكر بتقضية[1] العقل؛ ولأن فعل الخطأ جناية، ولله تعالى المؤاخذة عليه بطريق العدل؛ لأنه مقدور الامتناع بالتكلف والجهد، وإذا كان جناية، فلا بد لها من التكفير والتوبة، فجعل التحرير من العبد بحق التوبة عن القتل الخطأ بمنزلة التوبة الحقيقية في غيره من الجنايات، إلاَّ أنه جعل التحرير أو الصوم توبة له دون التوبة الحقيقية؛ لخفة الجناية بسبب الخطأ إذ الخطأ معفو في الجملة، وجائز العفو عن هذا النوع، فخفت توبته لخفة في الجناية، فكان التحرير في هذه الجناية بمنزلة التوبة في سائر الجنايات.

٣/ ١٢٧أ

ومنها: حرمان الميراث؛ لأنه وجد القتل مباشرة بغير حق، أما المباشرة فلا شك فيها، وأما الخطر والحرمة؛ فلأن فعل الخطأ جناية جائز المؤاخذة عليها عقلاً لما بينا، والدليل عليه قولُه عزَّ اسمه: ﴿رَبَّنَا لا تُؤَاخِذْنَا إِنْ نَسِينَا أَوْ أَخْطَأْنَا﴾ [البقرة:٢٨٦] ولو لم يكن جائز المؤاخذة؛ لكان معنى الدعاء: اللهم لا تجر علينا، وهذا محالٌ، وإنما رفع حكمها شرعاً ببركة دعاء النبي ـ عليه الصلاة والسلام ـ.

---

(١) يتعصينه.

وقوله ـ عليه الصلاة والسلام ـ: «رُفِعَ عَنْ أُمَّتِي الخَطَأُ والنِّسْيَانُ وَمَا اسْتُكْرِهُوا عَلَيْهِ»[1] مع بقاء وصف الفعل على حاله وهو كونه جناية.

---

(١) أخرجه ابن ماجه (١/ ٦٥٩) كتاب الطلاق: باب طلاق المكره والناسي حديث (٢٠٤٥) والعقيلي في «الضعفاء» (٤/ ١٤٥) والبيهقي (٧/ ٣٥٦ ـ ٣٥٧) كتاب الطلاق: باب ما جاء في طلاق المكره، كلهم من طريق محمد بن المصفى ثنا الوليد بن مسلم عن الأوزاعي عن عطاء عن ابن عباس أن رسول الله ﷺ قال: «إن الله تعالى تجاوز لأمتي عما استكرهوا عليه وعن الخطأ والنسيان» ومن طريق محمد بن المصفى.
أخرجه أبو القاسم الفضل بن جعفر التميمي المعروف بأخي عاصم في «فوائده» والضياء المقدسي في «الأحاديث المختارة» كما في «المقاصد الحسنة» (ص ـ ٢٢٩).
قال الحافظ البوصيري «في الزوائد» (٢/ ١٣٠): هذا إسناد صحيح إن سلم من الانقطاع والظاهر أنه منقطع، قال المزي في «الأطراف» رواه بشر بن بكر التنيسي عن الأوزاعي عن عطاء عن عبيد بن عمير عن ابن عباس. انتهى وليس ببعيد أن يكون السقط من صنعة الوليد بن مسلم. اهـ.
وهذا كلام جيد من الحافظ البوصيري رحمه الله والطريق الذي أشار إليه الحافظ المزي.
أخرجه ابن حبان (١٤٩٨ ـ موارد) والدارقطني (٤/ ١٧٠ ـ ١٧١) كتاب النذور رقم (٢٣) والطحاوي في «شرح معاني الآثار» (٣/ ٩٥) كتاب الطلاق: باب طلاق المكره، والحاكم (٢/ ١٩٨) كتاب الطلاق والبيهقي (٧/ ٣٥٦) كتاب الخلع والطلاق: باب طلاق المكره، والطبراني في «الأوسط» كما في «التلخيص» (١/ ٢٨٢) كلهم من طريق بشر بن بكر عن الأوزاعي عن عطاء بن رباح عن عبيد بن عمير عن ابن عباس قال البيهقي: جوده بشر بن بكر.
وقال الطبراني: لم يروه عن الأوزاعي مجوداً إلا بشر اهـ.
ومن هذا الطريق صححه ابن حبان.
وقال الحاكم: صحيح على شرط الشيخين ووافقه الذهبي.
وللحديث طرق أخرى عن ابن عباس.
الطريق الأول: أخرجه الطبراني في «الكبير»(١١/ ١٣٣ ـ ١٣٤) رقم (١١٢٧٤).
من طريق مسلم بن خالد الزنجي حدثني سعيد هو العلاف عن ابن عباس قال قال رسول الله ﷺ: «إن الله عز وجل تجاوز لأمتي عن الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه».
قال الحافظ ابن رجب في «جامع العلوم والحكم» (ص ـ ٣٢٦): أخرجه الجوزجاني وسعيد العلاف هو سعيد بن أبي صالح قال أحمد؛ وهو مكي قيل له كيف حاله؟ قال: لا أدري وما علمت أحداً روى عنه غير مسلم بن خالد قال أحمد: وليس هذا مرفوعاً إنما هو عن ابن عباس قوله نقل ذلك عنه مهنا، ومسلم ابن خالد ضعفوه اهـ.
الطريق الثاني: أخرجه ابن عدي في «الكامل» (٥/ ٢٨٢) من طريق عبد الرحيم بن زيد العمي حدثني أبي عن سعيد بن جبير عن ابن عباس أن رسول الله ﷺ قال: «عفي لي عن أمتي الخطأ والنسيان والاستكراه» وعبد الرحيم بن زيد.
قال يحيى: ليس بشيء، وقال البخاري: تركوه، وقال السعدي، غير ثقة اسند ذلك عنهم ابن عدي في «الكامل».
وقال النسائي: متروك وضعفه أبو داود وأبو زرعة التهذيب (٦/ ٢٧٣) وزيد العمي قال الحافظ في «التقريب» (١/ ٢٧٤): ضعيف.

=

....

= وللحديث شواهد من حديث أبي بكرة وأبي الدرداء وأم الدرداء وثوبان وعقبة بن عامر وابن عمر وأبي ذر.
حديث أبي بكرة أخرجه أبو نعيم في «أخبار أصبهان» (١/ ٩٠ - ٩١) وابن عدي في «الكامل» (٢/ ١٥٠) من طريق جعفر بن جسر بن فرقد عن أبيه عن الحسن عن أبي بكرة قال: قال رسول الله ﷺ: «رفع الله عن هذه الأمة ثلاثاً الخطأ والنسيان والأمر يكرهون عليه».
قال الحسن: قول باللسان فأما اليد فلا.
ومن هذا الوجه أخرجه الحافظ في «تخريج أحاديث المختصر» (١/ ٥٠٦) وقال: هذا حديث غريب أخرجه ابن عدي في «الكامل» عن حذيفة بن الحسن عن أبي أمية محمد بن إبراهيم عن جعفر وعده في منكرات جعفر وقال: لم أر للمتقدمين فيه كلاماً ولعل ذلك من قبل أبيه فإني لم أر له رواية عن غيره.
قلت: أي الحافظ أبوه ضعفه يحيى بن معين والبخاري وغيرهما اهـ.
حديث أبي الدرداء أخرجه الطبراني كما في «نصب الراية» (٢/ ٦٥) من طريق أبي بكر الهذلي عن شهر بن حوشب عن أم الدرداء عن أبي الدرداء قال: قال رسول الله ﷺ: «إن الله تجاوز لأمتي عن النسيان وما أكرهوا عليه».
قال الحافظ في «التلخيص» (١/ ٢٨٢): وفي إسناده ضعف.
حديث أم الدرداء:
أخرجه ابن أبي حاتم في تفسيره كما في تخريج المختصر (١/ ٥٠٩) من طريق أبي بكر الهذلي عن شهر ابن حوشب عن أم الدرداء عن النبي ﷺ قال: «إن الله تجاوز لأمتي عن ثلاث عن الخطأ والنسيان والاستكراه» قال أبو بكر الهذلي - فذكرت ذلك للحسن فقال: أجل أما تقرأ بذلك قرآناً ﴿ربنا لا تؤاخذنا إن نسينا أو أخطأنا﴾.
قال الحافظ: وأبو بكر الهذلي ضعيف وفي الإسناد مع ذلك انقطاع أو إرسال بالنسبة لأم الدرداء لأنها إن كانت الكبرى فمنقطع وإن كانت الصغرى فمرسل وفي شهر مقال أيضاً اهـ.
والحديث ذكره السيوطي في «الدر المنثور» (١/ ٦٦٥) وعزاه لابن أبي حاتم.
حديث ثوبان: أخرجه الطبراني في «الكبير» (٢/ ٩٧) رقم (١٤٣٠) من طريق يزيد بن ربيعة الرحبي ثنا أبو الأشعث عن ثوبان عن رسول الله ﷺ قال: «إن الله تجاوز عن أمتي ثلاثة الخطأ والنسيان وما أكرهوا عليه».
قال الهيثمي في «المجمع» (٦/ ٢٥٣): رواه الطبراني وفيه يزيد بن ربيعة الرحبي وهو ضعيف.
والحديث ضعف سنده الحافظ في «التلخيص» (١/ ٢٨٢).
حديث عقبة بن عامر:
ذكره الهيثمي في «مجمع الزوائد» (٦/ ٢٥٣) وعزاه للطبراني في الأوسط وقال: وفيه ابن لهيعة وحديثه حسن وفيه ضعف.
حديث ابن عمر: أخرجه العقيلي في «الضعفاء» (٤/ ١٤٥) وأبو نعيم في الحلية (٦/ ٣٥٢) والطبراني في «الأوسط» كما في «مجمع الزوائد» (٦/ ٢٥٣) كلهم من طريق محمد بن المصفى عن الوليد ثنا مالك عن نافع عن ابن عمر عن النبي ﷺ قال: «إن الله وضع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه».
قال أبو نعيم: غريب من حديث مالك تفرد به ابن مصفى عن الوليد وضعفه العقيلي وأعله بابن مصفى ونقل تضعيفه عن الوليد وقال الهيثمي في «المجمع» (٦/ ٢٥٣): رواه الطبراني في الأوسط وفيه محمد بن مصفى وثقه أبو حاتم وغيره وفيه كلام لا يضر وبقية رجاله رجال الصحيح.
حديث أبي ذر. =

ومنها: وجوب الدية[1]، والكلام في الدية في مواضع:

في بيان شرائط وجوب الدية.

وفي بيان ما تجب منه الدية من الأجناس.

وفي بيان مقدار الواجب من كلِّ جنس.

وفي بيان صفته.

وفي بيان من تجب عليه الدية.

وفي بيان كيفية الوجوب.

أما الشرائط، فبعضها شرط أصل الوجوب، وبعضها شرط كمال الواجب، أما شرط أصل الوجوب فنوعان:

= أخرجه ابن ماجه (١/ ٦٥٩) كتاب الطلاق: باب طلاق المكره والناسي حديث (٢٠٤٣) من طريق أبي بكر الهذلي عن شهر بن حوشب عن أبي ذر مرفوعاً.
قال البوصيري في «الزوائد» (٢/ ١٣٠) هذا إسناد ضعيف لاتفاقهم على ضعف أبي بكر الهذلي.
قلت: وللحديث علتان أخرتان ضعف شهر بن حوشب والانقطاع بينه وبين أبي ذر.
قال العلائي في «جامع التحصيل» (ص ـ ١٩٧): شهر بن حوشب عن تميم الداري وأبي ذر وسلمان رضي الله عنهم وذلك مرسل اهـ. وحديث الباب: «رفع عن أمتي الخطأ والنسيان».
صححه الحاكم وابن حبان والضياء والذهبي والنووي في الأربعين (ص ـ ٨٥) فقال: إنه حسن.
وحسنه الحافظ في تخريج المختصر: (١/ ٥١٠) وقال: وبمجموع هذه الطرق يظهر أن للحديث أصلاً.
وتبعه تلميذه السخاوي في «المقاصد» (ص ـ ٢٣٠).
ورمز له السيوطي بالصحة في «الجامع الصغير» (١٧٠٥).

(١) الدِيَةُ: مصدر وَدَى القاتل المَقْتُولَ إذا أعطى وَلِيَّهُ المال الذي هو بَدَلُ النفس ثم قيل لذلك المال: الدِّيَة تسمية بالمصدر. ولذا جُمِعَتْ، وهي مثل «عِدَة» في حذف الفاء.
قيل: والتاء في آخرها عوض عن الواو في أولها.
انظر المغرب ٢/ ٣٤٧ وارجع إلى الصحاح ٦/ ٢٥٢١ ولسان العرب ١٥/ ٣٨٣ والقاموس المحيط ٤/ ٤٠١ وما بعدها والمصباح المنير ٢/ ١٠١٣.
عرفها بعض الشافعية بأنها المَالُ الواجب بالجناية على الحر في النفس، أو فيما دونها.
وعرفها بعض الأحْنَافِ بأنها اسم لِضَمَانٍ يجب بمقابلة الآدمي، أو طرف منه.
وقيل: الدِّيَةَ اسْمٌ للمال الذي هو بَدَلُ النفس، والأَرْشُ اسم للواجب فيما دون النفس.
وعرفها الإمام ابن عرفة من المالكية فقال: الدية مال يجب بقتل آدمي حُرٍّ عن دمه، أو بجرحه، مقدر شرعاً لا باجتهاد.
ينظر: درر الحكام ١٠/ ٢٧٠، ومغني المحتاج ٤/ ٥٣، والمغني ٨/ ٣٦٧، والكافي ٢/ ١١٠٨، والإشراق ٢/ ٢٠٠، تكملة فتح القدير ١٠/ ٢٧٠.

أحدهما: العصمة، وهو أن يكون المقتول معصوماً، فلا دية في قتل الحربي والباغي؛ لفقد العصمة.

فأما الإسلام فليس من شرائط وجوب الدية، لا من جانب القاتل، ولا من جانب المقتول، فتجب الدية، سواء كان القاتل أو المقتول مسلماً أو ذميًا أو حربيًا مستأمناً.

وكذلك العقل والبلوغ؛ حتى تجب الدية في مال الصبي والمجنون، والأصل فيه قوله سبحانه وتعالى: ﴿وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِناً خَطَأً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ وَدِيَةٌ مُسَلَّمَةٌ إِلَىٰ أَهْلِهِ إِلاَّ أَنْ يَصَّدَّقُوا﴾ [النساء: ٩٢] ولا خلاف في أنه إذا قتل ذميًا أو [حربيًا][(١)] مستأمناً تجب الدية؛ لقوله تبارك وتعالى: ﴿فَإِنْ كَانَ مِنْ قَوْمٍ بَيْنَكُمْ وَبَيْنَهُمْ مِيثَاقٌ فَدِيَةٌ مُسَلَّمَةٌ إِلَىٰ أَهْلِهِ﴾ [النساء: ٩٢].

والثاني: التقوم؛ وهو أن يكون المقتول متقوماً، وعلى هذا يبني أن الحربي إذا أسلم في دار الحرب، فلم يهاجر إلينا، فقتله مسلم أو ذمي خطأ ـ أنه لا تجب الدية عند أصحابنا؛ خلافاً للشافعي؛ بناءً على أن التقوم بدار الإسلام عندنا وعنده بالإسلام، وقد ذكرنا تقرير هذا الأصل في «كتاب السير»، ثم نتكلم في المسألة ابتداء.

احتج الشافعي ـ رحمه الله ـ بقوله تبارك وتعالى: ﴿وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِناً خَطَأً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ وَدِيَةٌ مُسَلَّمَةٌ إِلَىٰ أَهْلِهِ﴾ [النساء: ٩٢] وهذا مؤمنٌ قتل خطأ، فتجب الدية.

ولنا: قوله ـ جلّت عظمته وكبرياؤه: ﴿فَإِنْ كَانَ مِنْ قَوْمٍ عَدُوٍّ لَكُمْ وَهُوَ مُؤْمِنٌ فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ﴾ [النساء: ٩٢] والاستدلال به من وجهين:

أحدهما: أنه جعل التحرير جزاء القتل، والجزاء يقتضي الكفاية، فلو وجبت الدِّية معه لا تقع الكفاية بالتحرير؛ وهذا خلاف النص.

والثاني: أنه سبحانه وتعالى ـ جعل التحرير كل الواجب بقتله؛ لأنه كل المذكور، فلو أوجبنا معه الدية، لصار بعض الواجب، وهذا تغيير حكم النص، وأما صدر الآية الكريمة فلا يتناول هذا المؤمن لوجهين:

أحدهما: أنه سبحانه وتعالى ذكر المؤمن مطلقاً، فيتناول المؤمن من كل وجه، وهو المستأمن[(٢)] ديناً وداراً، وهذا مستأمن[(٣)] ديناً لا داراً؛ لأنه مكثر سواد الكفرة، وَمَنْ كثر سواد

(١) سقط في: أ.
(٢) في أ: المؤمن.
(٣) في أ: مؤمن.

قوم، فهو منهم؛ على لسانِ رسولِ الله ﷺ[1].

والثاني: أنه أفرد هذا المؤمن بالذكر والحكم، ولو تناوله صدر الآية الشريفة لعرف حكمه به، فكان الثاني تكراراً، ولو حمل على المؤمن المطلق لم يكن تكراراً، فكان الحمل عليه أولى، أو يحتمل ما ذكرنا فيحمل عليه؛ توفيقاً بين الدليلين؛ عملاً بهما جميعاً.

ثم عصمة المقتول تعتبر وقت القتل أم وقت الموت أم في الوقتين جميعاً؟.

على أصل أبي حنيفة ـ رضي الله عنه ـ تعتبر وقت القتل لا غير.

وعلى أصلهما تعتبر وقت القتل والموت جميعاً.

وعلى قول زفر ـ رحمه الله ـ تعتبر وقت الموت لا غير.

٣/ ٢٧ب وعلى هذا تخرج مسائل الرمي إذا رمى مسلماً فارتد المرمي إليه، ثم وقع به/ السهم وهو مرتد فمات، فعلى الرامي الدية في قول أبي حنيفة ـ رحمه الله ـ، إن كان خطأ تتحمله العاقلة، وإن كان عمداً يكون في ماله، وعندهما لا شيء عليه؛ وكذا عند زفر.

وإن رمى مرتداً أو حربياً، فأسلم ثم وقع السهم به ومات، لا شيء عليه عند أصحابنا الثلاثة، وعند زفر عليه الدية.

وَجْه قوله إن الضمان إنما يجب بالقتل والفعلُ إنما يصير قتلاً بفوات الحياة، ولا عصمة للمقتول وقت فوات الحياة، فكان دمه هدراً؛ كما لو جرحه ثم ارتد فمات وهو مرتدٌ.

---

(١) رواه أبو يعلى في مسنده كما في المطالب رقم (١٦٠٥) ونصب الراية (٤/ ٣٤٦).
من طريق عمرو بن الحارث أن رجلاً دعا عبد الله بن مسعود إلى وليمة فلما جاء سمع لهواً فلم يدخل فقال: ما لك؟ قال سمعت رسول الله ﷺ يقول: «من كثر سواد قوم فهو منهم ومن رضي عمل قوم كان شريكاً لمن عمله».
وعزاه أيضاً الزيلعي في نصب الراية إلى ابن المبارك في «كتاب الزهد والرقائق» وعلي بن معبد في «كتاب الطاعة والمعصية».
وللحديث شاهد.
من حديث ابن عمر رضي الله عنهما قال: قال رسول الله ﷺ: «من تشبه بقوم فهو منهم».
أخرجه أبو داود ٢/ ٤٤١ كتاب اللباس/ باب في لبس الشهرة (٤٠٣١) ورواه أحمد ٢/ ٥٠، ٩٢.
وعبد بن حميد في «المنتخب من المسند» (٨٤٨).
قال الهيثمي في المجمع ٥/ ٢٧٠.
«رواه الطبراني وفيه عبد الرحمن بن ثابت بن ثوبان وثقه ابن المديني وأبو حاتم وغيرهما وضعفه أحمد وغيره وبقية رجاله ثقات» اهـ.

لهما أن للقتل تعلقاً بالقاتل والمقتول؛ لأنه فعل القاتل وأثره يظهر في المقتول بفوات الحياة، فلا بد من اعتبار العصمة في الوقتين جميعاً.

ولأبي حنيفة ـ رضي الله عنه ـ أن الضمان إنما يجب على الإنسان بفعله، ولا فعل منه سوى الرمي السابق، فَكَان الرمي السابق عند وجود زهوق الروح قتلاً من حين وجوده، والمحل كان معصوماً في ذلك الوقت، فكان ينبغي أن يجب القصاص، إلا أنه سقط للشبهة، فتجب الدية؛ ولهذا لو كان مرتداً أو حربيًا وقت الرمي، ثم أسلم فأصابه السهم وهو مسلم أنه لا شيء عليه عندهما، وهذه المسألة حجة قوية لأبي حنيفة ـ رضي الله عنه ـ عليهما في اعتبار وقت الرمي لا غير، والدليل عليه أن في باب الصيد يعتبر وقت الرمي في قولهم جميعا؛ حتى لو كان الرامي مسلماً وقت الرمي ثم ارتد فأصاب السهم الصيد وهو مرتد، يؤكلَ، وإن كان الباب باب الاحتياط؛ وبمثله لو كان مجوسيًا وقت الرمي، ثم أسلم ثم وقع السهم بالصيد وهو مسلم، لا يؤكل.

وكذلك حلال رمي صيداً ثم أحرم ثم أصابه، لا شيء عليه، وإن رمى وهو محرم، ثم حل فأصابه، فعليه الجزاء.

فهذه المسائل حجج أبي حنيفة ـ رضي الله عنه ـ في اعتبار وقت الفعل، والأصل أن ما يرجع إلى الأهلية تعتبر فيه أهلية الفاعل وقت الفعل بلا خلاف، وما كان راجعاً إلى المحل فهو على الاختلاف الذي ذكرنا، بخلاف ما إذا جرح مسلماً ثم ارتد المجروح، فمات وهو مرتداً به، يهدر دمه؛ لأن الجرح السابق انقلب قتلاً بالسراية، وقد تبدل المحل حكماً بالردة، فيوجب انقطاع السراية عن ابتداء الفعل؛ كتبدل المحل حقيقة، ولم يوجد هذا المعنى في مسألتنا.

ولو رمى عبداً، فأعتقه مولاه، ثم وقع به السهم فمات، فلا دية عليه، وعليه قيمته لمولاه في قول أبي حنيفة ـ عليه الرحمة ـ.

وقال محمد: على الرامي لمولى العبد فضل ما بين قيمته مرميًا إلى غير مرميٍّ، لا شيء عليه غير ذلك.

وذكر القاضي في «شرحه مختصر الطحاوي» رحمه الله قول أبي يوسف مع قول محمد أنه لما رمى إليه فقد صار ناقصاً بالرمي في ملك مولاه قبل وقوع السهم به؛ لأنه أشرف على الهلاك بتوجه السهم إليه، فوجب عليه ضمان النقصان، فصار كما لو جرحه ثم أعتقه مولاه، ولو كان كذلك لانقطعت السراية، ولا يضمن الدية ولا القيمة، وإنما يضمن النقصان؛ كذا هذا، وأبو حنيفة ـ رضي الله عنه ـ مر على أصله، وهو اعتبار وقت الفعل، لأنه صار قاتلاً بالرمي السابق، وهو كان ملك المولى حينئذٍ.

وأما بيان ما تجب فيه الدية، فقد اختلف أصحابنا فيه، قال أبو حنيفة ـ رحمه الله ـ: الذي تجب منه الدية وتقضى منه[١] ثلاثة أجناس: الإبل، والذهب، والفضة.

وعندهما ستة أجناس: الإبل، والذهب. والفضة، والبقر، والغنم، والحلل.

واحتجَّا بقضية[٢] سيدنا عمر ـ رضي الله عنه ـ فإنه روي أنه قضى بالدية من هذه الأجناس بمحضر من الصحابة ـ رضي الله عنهم[٣] ـ.

ولأبي حنيفة ـ رضي الله عنه ـ قوله ـ عليه الصلاة والسلام ـ: **«في النَّفْسِ المُؤْمِنَةِ مِائَةٌ مِنَ الإِبِلِ»**[٤] جعل عليه الصلاة والسلام الواجبَ من الإبل على الإشارة إليها، فظاهره يقتضي الوجوب منها على التعيين، إلاَّ أن الواجب[٥] من الصنفين الأخيرين ثبت بدليل آخر، فمن ادعى الوجوب من الأصناف الأخر فعليه الدليل.

وأما قضية[٦] سيدنا عمر رضي الله تعالى عنه ـ فقد قيل: إنه إنما قضى بذلك حين كانت الديات على العواقل، فلما نقلها إلى الديوان قضى بها من الأجناس الثلاثة، وذكر في «كتاب المعاقل» ما يَدُلُّ على أنه لا خلاف بينهم، فإنه قال: لو صالح الولي على أكثر من مائتي بقرة أو مائتي حلة، لم يجز بالإجماع، ولو لم يكن ذلك من جنس الدية لجاز، والله أعلم بالصواب.

وأما بيان مقدار الواجب من كلِّ جنس وبيان صفته؛ فقدر الواجب من كل جنس يختلف

---

(١) في أ: به.

(٢) في أ: بقصة.

(٣) رواه أبو داود (٤/ ١٨٤) كتاب الديات، باب الدية كم هي الحديث (٤٥٤٢) من طريق عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده فإن: كانت قيمة الدية على عهد رسول الله ﷺ ثمانمائة دينار أو ثمانية آلاف درهم ودية أهل الكتاب يومئذٍ النصف من دية المسلمين قال: فكان ذلك كذلك حتى استخلف عمر رحمه الله فقام خطيباً فقال ألا إن الإبل قد غلت قال: «فقرضها عمر على أهل الذهب ألف دينار وعلى أهل الورق اثني عشر ألفاً وعلى أهل البقر مائتي بقرة وعلى أهل الشاة ألفي شاة وعلى أهل الحلل مائتي حلة، قال: وترك دية أهل الذمة لم يرفعها فيما رفع من الدية» اهـ.
ونقل الزيلعي في نصب الراية (٤/ ٣٦٢) عن محمد بن الحسن في «كتاب الآثار» أخبرنا أبو حنيفة عن الهيثم عن الشعبي عن عبيدة السلماني قال: وضع عمر الديات على أهل الذهب ألف دينار وعلى أهل الورق عشرة آلاف درهم وعلى أهل الإبل مائة من الإبل وعلى أهل البقر مائتي بقرة مسنة وعلى أهل الشاء ألفي شاة وعلى أهل الحلل مائة حلة انتهى وعزاه أيضاً إلى ابن أبي شيبة في «مصنفه».

(٤) تقدم.

(٥) في أ: الوجوب.

(٦) في أ: قصة.

بذكورة المقتول وأنوثته، فإن كان ذكراً فلا خلاف في أن الواجب بقتله من الإبل مائة؛ لقوله عليه الصلاة والسلام: **«فِي النَّفسِ المُؤمِنَةِ مِائَةٌ مِنَ الإبِلِ»**.

ولا خلاف أيضاً في أن الواجب من الذهب ألف دينار؛ لما روي أنه عليه الصلاة والسلام جَعَلَ ديةَ كُلِّ ذِي عَهْدٍ في عَهْدِهِ ألف دينارٍ، والتقدير في حق الذمي يكون تقديراً في حق المسلم من طريق الأولى.

١٢٨/٣أ وأما الواجب من الفضة؛ فقد اختلف فيه، قال أصحابُنا/ رحمهم الله تعالى: عشرة آلاف درهم وزناً وزن سبعة.

وقال مالك والشافعي - رحمهما الله - اثنا عشر ألفاً.

والصحيحُ قولُنا؛ لما روي عن سيدنا عمر - رضي الله عنه - أنه قال: الديةُ عشرةُ آلافِ درهم «بمحضرٍ من الصحابة - رضي الله عنهم[1]» - ولم ينقل أنه أنكر عليه أحدٌ، فيكون إجماعاً، مع ما أن المقادير لا تعرف إلاَّ سماعاً، فالظاهر أنه سمع من رسول الله ﷺ.

وقدر الواجب من البقر عندهما مائتا بقرة؛ ومن الحلل مائتا حلة، ومن الغنم ألفا شاة.

ثم دية الخطأ من الإبل أخماس بلا خلاف، عشرون بنت مخاض، وعشرون ابن مخاض، وعشرون بنت لبون، وعشرون حقة، وعشرون جذعة، وهذا قولُ عبد الله بن مسعود - رضي الله عنه، وقد رفعه إلى النبي ﷺ أنه قال: **«دِيَةُ الخَطَإِ أخْمَاسٌ: عِشْرُونَ بَنَاتُ مَخَاضٍ، وَعَشْرُونَ بَنُو مَخَاضٍ، وَعِشْرُونَ بَنُو لَبُونٍ، وَعِشْرُونَ حِقَّةٌ وعِشْرُونَ جَذَعَةٌ»**.

وعندهما قدر كل بقرة خمسون درهماً، وقدر كل حلة خمسون درهماً، والحلة اسم لثوبين: إزار ورداء، وقيمة كل شاة خمسة دراهم.

ودية شبه العمد أرباع عندهما: خمس وعشرون بنت مخاض، وخمس وعشرون بنت لبون، وخمس وعشرون حقة، وخمس وعشرون جذعة، وهو مذهب عبد الله بن مسعود - رضي الله عنه -.

---

(١) تقدم أثر عمر انظر السابق.

(٢) رواه الدارقطني في سننه (٣/ ١٧٢) والبيهقي في سننه (٨/ ٧٥) كتاب الديات، باب من قال هي أخماس وجعل أحد أخماسها بني المخاض دون بني اللبون.

من طرق عن أبي عبيدة عن ابن مسعود أنه قال: دية الخطأ أخماس خمس بنو مخاض وخمس بنات مخاض وخمس بنات لبون وخمس حقاق وخمس جذاع.

ورواه أيضاً الدارقطني والبيهقي من طريق علقمة عن عبد الله بن مسعود نحوه.

وعند محمد أثلاث، ثلاثون حقة، وثلاثون جذعة، وأربعون ما بين ثنية إلى بازل عامها كله خلفة، وهو مذهبُ سيدنا عمر وزيد بن ثابت ـ رضي الله تعالى عنهما ـ.

وعن سيدنا علي ـ رضي الله عنه ـ أنه قال في شبه العمد: أثلاث: ثلاثة وثلاثون حقة، وثلاثة وثلاثون جذعة، وأربعون وثلاثون خلفة، والصحابةُ ـ رضي الله عنهم ـ متى اختلفت في مسألة على قولين أو ثلاثة، يجب ترجيح قول البعض على البعض، والترجيح ههنا لقول ابن مسعود ـ رضي الله عنه ـ لوجهين:

أحدهما: أنه موافقٌ للحديث المشهور الذي تلقته العلماء[1] ـ رضي الله عنهم ـ بالقبول؛ وهو قوله عليه الصلاة والسلام: «**فِي النَّفْسِ الْمُؤْمِنَةِ مَائَةٌ مِنَ الإِبِلِ**». وفي إيجاب الحوامل إيجاب الزيادة على المائة؛ لأن الحمل أصل من وجه.

والثاني: أن ما قاله أقرب إلى القياس؛ لأن الحمل معنى موهوم لا يوقف عليه حقيقة، فإن انتفاخ البطن قد يكون للحمل، وقد يكون للداء؛ ونحو ذلك، وإن كان أنثى فدية المرأة على النصف من دية الرجل؛ لإجماع الصحابة ـ رضي الله عنهم ـ؛ فإنه روي عن سيدنا عمر، وسيدنا علي، وابن مسعود، وزيد بن ثابت ـ رضوان الله تعالى عليهم ـ أنهم قالوا في دية المرأة: إنها على النصف من دية الرجل، [ولم ينقل أنه أنكر عليهم أحدٌ، فيكون إجماعاً؛ ولأن المرأة في ميراثها وشهادتها على النصف من الرجل] فكذلك في دينها.

وَهَلْ يختلف قدر الدية بالإسلام والكفر؟.

قال أصحابنا ـ رحمهم الله ـ لا يختلف، وديةُ الذميِّ والحربي المستأمن كدية المسلمِ، وهو قول إبراهيم النخعي والشعبي ـ رحمهما الله ـ والزهري ـ رحمه الله.

وقال الشافعي ـ رحمه الله ـ تختلفُ؛ دية اليهودي والنصراني أربعة آلاف، ودية المجوسي ثمانمائة، واحتجَّ بحديثٍ رواه عن رسول الله ﷺ أنه جعل دية هؤلاء على هذه المراتب، ولأن الأنوثة لما أثرت في نقصان البدل فالكفر أولَىٰ، لأن نَقيصَة الكفر فوق كل نقيصةٍ.

ولنا قوله تبارك وتعالى: ﴿وَإِنْ كَانَ مِنْ قَوْمٍ بَيْنَكُمْ وَبَيْنَهُمْ مِيثَاقٌ فَدِيَةٌ مُسَلَّمَةٌ إِلَىٰ أَهْلِهِ﴾ [النساء:٩٢] اطلق سبحانه وتعالى القول بالدية فيِ جميع أنواع القتل من غير فضلٍ، فدل أن الواجب في الكل على قدر واحد، وروينا أنه ـ عليه الصلاة والسلام ـ جَعَل دية كل ذي عهد

(١) وهو حديث عمرو بن حزم في الزكاة والديات وغيره وقد تقدم تخريجه والكلام عليه في كتاب الزكاة.

في عهده ألف دينار[١]، وروي أن عمرو بن أمية الضمري قَتَلَ مستأمنين، فقضى رسول الله ﷺ فيهما بدية حُرَّيْنِ مسلمين[٢]، وعن الزهري ـ رحمه الله ـ أنه قال: قضى سيدنا أبو بكر وسيدنا عمر ـ رضي الله تعالى ـ عنهما في دية الذمي بمثل دية المسلم[٣]، ومثلُه لا يكذب.

وكذا روي عن ابن مسعود ـ رضي الله عنه ـ أنه قال: دية أهل الكتاب مثل دية المسلمين[٤]، ولأن وجوب كمال الدية يعتمد كمال حال القتيل فيما يرجع إلى أحكام الدنيا، وهي الذكورة والحرية والعصمة، وقد وجد، ونقصان الكفر يؤثر في أحكام الدنيا.

وأما بيان مَنْ تجب عليه الدية، فالديةُ تجب على القاتل، لأن سبب الوجوب هو القتل، وأنه وجد من القاتل، ثم الدية الواجبة على القاتل نوعان: نوعٌ يجب عليه في ماله، ونوعٌ يجب عليه كله، وتتحمل عنه العاقلة بعضَهُ بطريق التعاون إذا كان له عاقلة.

وكلُّ ديةٍ وجبت بنفس القتل الخطأ أو شبه العمد تتحمله العاقلة، وما لا فلا، فلا تعقل الصلح؛ لأن بدل الصلح ما وجب بالقتل، بل يعقد الصلح.

---

(١) رواه أبو داود في مراسيله (ص ٢١٥) رقم (٢٦٤) حدثنا عبد الله بن محمد بن يحيى ـ أبو محمد ـ حدثنا أبو معاوية.
حدثنا ابن أبي ذئب عن الزهري عن سعيد بن المسيب قال: قال رسول الله ﷺ: «دية كل ذي عهد في عهده ألف دينار».

(٢) روى البيهقي في الكبرى (٨/ ١٠٢) كتاب الديات، باب دية أهل الذمة.
من حديث ابن عباس قال جعل رسول الله ﷺ دية العامر بين دية الحر المسلم وكان لهما عهد.
وروي أيضاً من طريق أخرى عن ابن عباس قال: ودى رسول الله ﷺ رجلين من المشركين وكانا منه في عهد دية الحرين المسلمين.

(٣) أخرجه الدارقطني (٣/ ١٢٩ ـ ١٣٠) من طريق ابن شهاب أن أبا بكر وعمر رضي الله عنهما كانا يجعلان دية اليهودي والنصراني إذا كانا معاهدين دية الحر المسلم وكان عثمان ومعاوية لا يقيدان المشركَ من المسلم.
قال الزيلعي في نصب الراية (٤/ ٣٦٨): «وأخرج ابن أبي شيبة نحوه عن علقمة ومجاهد وعطاء والشعبي والنخعي والزهري» اهـ.

(٤) روى عبد الرزاق في المصنف (١٠/ ٩٦) رقم (١٨٤٩٢) عن معمر عن الزهري عن سالم عن ابن عمر أن رجلاً مسلماً قتل رجلاً من أهل الذمة عمداً فرفع إلى عثمان فلم يقتله به وغلَّظ عليه الدية مثل دية المسلم.
قال الزهري: وقتل خالد بن المهاجر رجلاً من أهل الذمة في زمن معاوية فلم يقتله به وغلظ عليه الدية ألف دينار» اهـ.
وإسناده صحيح رجاله كلهم ثقات رجال الصحيحين.

ولا الإقرار، لأنها وجبت بالإقرار بالقتل لا بالقتل، وإقراره حجة في حقه لا في حق غيره، فلا يصدق في حق العاقلة، حتى لو صدقوا عقلوا.

ولا العبد بأن قتل إنساناً خطأ؛ لأن الواجب بنفس القتل الدفع لا الفداء، والفداءُ يجب باختيار المولى لا بنفس القتل.

٣/٢٨ب ولا العمد بأن قتل الأب ابنه/ عمداً، لأنها وإن وجبت بالقتل فلم تجب بالقتل الخطأ أو شبه العمد، وهذا لأن التحمل من العاقلة في الخطأ وشبه العمد على طريقِ التخفيفِ على الخاطىء، والعامد لا يستحق التخفيف.

وقد روي عنه ـ عليه الصلاة والسلام ـ أنه قال: **«لاَ تَعْقُلُ العَاقِلَةُ عَمْداً وَلاَ عَبْدَاً وَلاَ صُلْحاً وَلاَ اعْتِرَافاً وَلاَ مَا دُونَ أَرْش المُوضِحَةِ»**[1].

وقيل في معنى قوله عليه الصلاة والسلام **«وَلاَ عَبْداً»** أن المراد منه العبد المقتول، وهو الذي قتله مولاه، وهو مأذون مديون، أو المكاتب لا العبد القاتل لأنه لو كان كذلك لكان من حق الكلام أن يقول لا تعقل العاقلة عن عبد؛ لأن العرب تقول: عقلت عن فلان؛ إذا كان فلان قاتلاً، وعقلت فلاناً إذا كان فلان مقتولاً؛ كذا فرق الأصمعيُّ.

ثم الوجوبُ على القاتل فيما تتحمله العاقلة قولُ عامة المشايخ.

وقال بعضهم كلُّ الدية في هذا النوع تجب على الكل ابتداء القاتل والعاقلة جميعاً.

والصحيح هو الأول؛ لقوله سبحانه وتعالى: ﴿وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِناً خَطَأً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ وَدِيَةٌ مُسَلَّمَةٌ إِلَىٰ أَهْلِهِ﴾ [النساء:٩٢] ومعناه فليتحرر وليود، وهذا خطاب للقاتل لا للعاقلة، دَلَّ أن الوجوب على القاتل، ولما ذكرنا أن سبب الوجوب هو القتل، وأنه وجد من القاتل لا من العاقلة، فكان الوجوب عليه لا على العاقلة، وإنما العاقلة تتحمل دية واجبة عليه، ثم دخول القاتل مع العاقلة في التحمل مذهبُنا.

---

(١) قال الزيلعي في نصب الراية (٤/ ٣٧٩) «غريب مرفوعاً» وقال الحافظ في الدراية (٢/ ٢٨٨) «لم أجده».
وقال البيهقي في الكبرى (٨/ ١٠٤) كتاب الديات، باب من قال لا تحمل العاقلة عمداً ولا عبداً ولا صلحاً ولا اعترافاً: «قال محمد بن الحسن حدثني عبد الرحمن بن أبي الزناد عن أبيه عن عبيد الله بن عبد الله عن ابن عباس قال لا تعقل العاقلة عمداً ولا صلحاً ولا اعترافاً ولا ما جنى المملوك» اهـ.
وروي عن ابن عباس أنه قال لا تحمل العاقلة عمداً ولا صلحاً ولا اعترافاً ولا ما جنى المملوك قال وقال ذلك الليث إلا إن تشاء.

وقال الشافعي ـ رحمه الله ـ: القاتل لا يدخل معهم، بل تتحمل العاقلة الكل دون القاتل.

وقال أبو بكر الأصم: يتحمل القاتل دون العاقلة؛ لأنه لا يجوز أن يؤاخذ أحد بذنب غيره، قال الله سبحانه وتعالى: ﴿وَلاَ تَكْسِبُ كُلُّ نَفْسٍ إِلاَّ عَلَيْهَا﴾ [الأنعام:١٦٤] وقال جلَّتْ عظمْته ﴿وَلاَ تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَىٰ﴾؛ ولهذا لم تتحمل العاقلة ضمان الأموال، ولا ما دون نصف عشر الدية؛ كذا هذا.

ولنا أنه عليه الصلاة والسلام قضى بالغرة على عاقلة الضاربة[1]؛ وكذا قضى سيدنا عمر

---

(١) أخرجه البخاري (١٢/ ٢٦٣) كتاب الديات: باب جنين المرأة وأن العقل على الوالد وعصبة الوالد لا على الولد حديث (٦٩١٠) ومسلم (٣/ ١٣٠٩ ـ ١٣١٠) كتاب القسامة: باب دية الجنين حديث (٣٦/ ١٦٨١) وأبو داود (٢/ ٦٠١ ـ ٦٠٢) كتاب الديات: باب دية الجنين حديث (٤٥٧٦) والنسائي (٨/ ٤٨) كتاب القسامة باب دية جنين المرأة، والدارمي (٢/ ١٩٧) كتاب الديات: باب دية الخطأ على من هي، وأبو داود الطيالسي (١/ ٢٩٥ ـ منحة) رقم (١٤٩٨) وابن حبان (٥٩٨٨ ـ الإحسان) وابن أبي عاصم في «الديات» (ص ـ ١١٨) والبيهقي (٨/ ١٠٥) كتاب الديات: باب العاقلة، من طريق الزهري عن سعيد بن المسيب وأبي سلمة بن عبد الرحمن عن أبي هريرة قال: اقتتلت امرأتان من هذيل فرمت إحداهما الأخرى بحجر فقتلتها وما في بطنها فاختصموا إلى النبي ﷺ فقضى أن دية جنينها غرة عبد أو وليدة وقضى أن دية المرأة على عاقلتها. وأخرجه مالك (٢/ ٨٥٥) كتاب العقول: باب عقل الجنين حديث (٥) عن الزهري عن أبي سلمة بن عبد الرحمن ـ وحده ـ عن أبي هريرة أن امرأتين من هذيل رمت إحداهما الأخرى فطرحت جنينها فقضى فيه رسول الله ﷺ بغرة عبد أو وليدة.

ومن طريق مالك أخرجه البخاري (١٢/ ٢٥٧) كتاب الديات: باب جنين المرأة حديث (٦٩٠٤) ومسلم (١٣٠٩) كتاب القسامة: باب دية الجنين حديث (٣٤/ ١٦٨١) والبغوي في «شرح السنة» (٥/ ٤١١ ـ بتحقيقنا).

وقد توبع الزهري في هذه الرواية تابعه محمد بن عمرو بن أبي سلمة أخرجه الترمذي (٤/) كتاب الديات: باب ما جاء في دية الجنين حديث (١٤١٠) وابن ماجه (٢/ ٨٨٢) كتاب الديات: باب دية الجنين حديث (٢٦٣٩) والطحاوي في «شرح معاني الآثار» (٣/ ٢٠٥) كلهم من طريق محمد بن عمرو عن أبي سلمة عن أبي هريرة به.

وقال الترمذي: حسن صحيح.

وأخرجه البخاري (١٢/ ٢٦٣) كتاب الديات: باب جنين المرأة وأن العقل على الوالد وعصبة الوالد لا على الولد حديث (٦٩٠٩) ومسلم (٣/ ١٣٠٩) كتاب القسامة: باب دية الجنين حديث (٣٥/ ١٦٨١) والبغوي في «شرح السنة» (٥/ ٤١٠ ـ بتحقيقنا) من طريق الليث عن الزهري عن سعيد بن المسيب ـ وحده ـ عن أبي هريرة أنه قضى رسول الله ﷺ في جنين امرأة من بني لحيان سقط ميتاً بغرة: عبد أو أمة ثم إن المرأة التي قضى عليها بالغرة توفيت فقضى رسول الله ﷺ بأن ميراثها لبنيها وزوجها والعقل على عصبتها.

ـ رضي الله عنه ـ: الدية على العاقلة بمحضر من الصحابة ـ رضي الله عنهم ـ من غير نكيرٍ.

وأما الآية الشريفة فتقولُ بموجبها، لكن لِمَ قلتم أن الحمل على العاقلة أخذ بغير ذنب؟ فإن حفظ القاتل واجب على عاقلته، فإذا لم يحفظوا فقد فرطوا، والتفريطُ منهم ذنب؛ ولأن القاتل إنما يقتل بظهر عشيرته، فكانوا كالمشاركينَ له في القتل، ولأن الدية مال كثير، فإلزام الكل القاتل إجحاف به، فيشاركه العاقلة في التحمل تخفيفاً، وهو مستحق التخفيف؛ لأنه خاطىء، وبهذا فارق ضمان المال، لأن ضمان المال لا يكثر عادة، فلا تقع الحاجة إلى التخفيف، وما دون نصف عشر الدية حكمه حكم ضمان الأموال.

وأما الكلام مع الشافِعيّ رحمه الله: فَوَجْهُ قوله أنه ـ عليه السلام ـ قضى بالدية على العاقلة، فلا يدخل فيه القاتل، وإنا نقول: نعم، لكن معلولاً بالنصرة والحفظ، وذلك على القاتل أوجب، فكان أولى بالتحمل.

ثم الكلام في العاقلة في موضعين: أحدهما: في تفسير العاقلة من هم، والثاني: في بيان القدر الذي تتحمله العاقلة من الدية.

أما الأول: فالقاتلُ لا يخلو إما إن كان حُرَّ الأصلِ، وإما إن كان معتقاً، وَإما إن كان مولى الموالاة، فإن كان حُرَّ الأصل فعاقلته أهل ديوانه إنْ كان من أهل الديوان، وهم المقاتلة من الرجال الأحرار البالغين العاقلين، تؤخذ [مما يخرج][1] من عطاياهم. وهذا عندنا.

وعند الشافعي ـ رحمه الله عاقلته قبيلته من النسب.

والصحيحُ قولنا؛ لإجماع الصحابة ـ رضي الله عنهم ـ على ذلك، فإنه روي عن إبراهيم النخعي ـ رحمه الله ـ أنه قال: كانت الديات على القبائل، فلما وضع سيدنا عمر ـ رضي الله عنه ـ الدواوين جعلها على أهل الدواوين.

فإن قيل قضى ـ عليه الصلاة والسلام ـ بالدية على العاقلة من النسب، إذ لم يكن هناك ديوان، فكيف يقبل قول سيدنا ـ عمر رضي الله عنه ـ على مخالفته فعل رسول الله ﷺ؟.

فالجواب: لو كان سيدنا عمر ـ رضي الله عنه ـ فعل ذلك وحده، لكان يجب حمل فعله على وجه لا يخالف فعل رسول الله ﷺ، كيف وكان فعله بمحضر من الصحابة ـ رضي الله عنهم ـ؛ ولا يظن [من عموم][2] الصحابة ـ رضي الله عنهم ـ مخالفة فعله ـ عليه الصلاة

(١) سقط في ط.

(٢) في أ: بعمومه.

والسلام ـ، فَدَلَّ أنهم فهموا [أن فعله][١] كان معلولاً بالنصرة، وإذا صارت النصرة في زمانهم الديوان، نقلوا العقل إلى الديوان، فلا تتحقق المخالفة؛ وهذا لأن التحمل من العاقلة للتناصر، وقبل وضع الديوان كان التناصر بالقبيلة، وبعد الوضع صار التناصر بالديوان، فصار عاقلة الرجل أهل ديوانه.

ولا تؤخذ من النساء والصبيان والمجانين والرقيق؛ لأنهم ليسوا من أهل النصرة؛ ولأن هذا الضمان صلة وتبرعٌ بالإعانة، والصبيان والمجانين والمماليك ليسوا من أهل التبرع.

وإن لم يكن له ديوان فعاقلته قبيلته من/ النسب؛ لأن استنصاره بهم. ٣/ ١٢٩أ

وإن كان القاتل معتقاً أو مولى الموالاة، فعاقلته مولاه وقبيلة مولاه؛ لقوله ـ عليه الصلاة والسلام ـ: «**مَوْلَى القَوْمِ مِنْهُمْ**»[٢] ثم عاقلة المولى الأعلى قبيلته إذا لم يكن من أهل الديوان؛ فكذا عاقلة مولاه؛ ولأنَ استنصاره بمولاه وقبيلته، فكانوا عاقلته.

هذا إذا كان للقاتل عاقلة، فأما إذا لم يكن له عاقلة؛ كاللقيط والحربي أو الذمي الذي أسلم، فعاقلته بيت المال في ظاهر الرواية.

وروى محمد عن أبي حنيفة ـ رضي الله عنه ـ أنه تجب الدية عليه من ماله لا على بيت المال، وجه هذه الرواية أن الأصل هو الوجوب في مال القاتل؛ لأن الجناية وجدت منه، وإنما الأخذ من العاقلة بطريق التحمل، فإذا لم يكن له عاقلة يرد الأمر فيه إلى حكم الأصل.

وجه ظاهر الرواية: أن الوجوب على العاقلة لمكان التناصر، فإذ لم يكن له عاقلة كان استنصاره بعامة المسلمين، وبيت المال مالهم، فكان ذلك عاقلته؛ وأما بيان مقدار ما تتحمله العاقلة من الدية، فلا يؤخذ من كلِّ واحدٍ منهم إلاَّ ثلاثة دراهم أو أربعة دراهم، ولا يزاد على ذلك؛ لأن الأخذ منهم على وجه الصلة والتبرع؛ تخفيفاً على القاتل، فلا يجوز التغليظ عليهم بالزيادة، ويجوز أن ينقص عن هذا القدر إذا كان في العاقلة كثرة[٣]، فإن قلت العاقلة حتى أصاب الرجل [منهم][٤] أكثر من ذلك، يضم إليهم أقرب القبائل إليهم من النسب، سواء كانوا من أهل الديوان أو لا، ولا يعسر عليهم، ويدخل القاتل مع العاقلة ويكون فيما يؤدي كأحدهم؛ لأن العاقلة تتحمل جناية وجدت منه وضماناً وجب عليه، فكان هو أَوْلَىٰ بالتحمل.

وأما بيان كيفية وجوب الدية فنقولُ: لا خلاف في أن دية الخطأ تجب مؤجلة على العاقلة في ثلاث سنين؛ لإجماع الصحابة ـ رضي الله عنهم ـ على ذلك؛ فإنه روي أن سيدنا

---

(١) في ط: أنه.
(٢) تقدم.
(٣) في أ: كثيرة.
(٤) سقط في ط.

عمر ـ رضي الله عنه ـ قضى بذلك بمحضر من الصحابة ـ رضي الله عنهم ـ ولم ينقل أنه خالفه أحدٌ، فيكون إجماعاً، وتؤخذ من ثلاث عطايا إن كان القاتل من أهل الديوان؛ لأن لهم في كل سنة عطية، فإن تعجل العطايا الثلاث في سنة واحدة، يؤخذ الكل في سنة واحدة، وَإن تأخرت بتأخر حق الأخذ، وَإن لم يكن من أهل الديوان، تؤخذ منه ومن قبيلته من النسب في ثلاث سنين.

ولا خلاف في أن الدية [الواجبة] بالإقرار بالقتل الخطأ تجب في ماله في ثلاث سنين؛ لأن الإقرار بالقتل إخبار عن وجود القتل، وأنه يوجب حقًّا مؤجلاً تتحمله العاقلة، إلا أنه لا يصدق على العاقلة، فيجب مؤجلاً في ماله، واختلف في شبه العمد، والعمد الذي دخلته شبهة، وهو الأب إذا قتل ابنه عمداً، قال أصحابنا ـ رحمهم الله ـ إنها تجب مؤجلة في ثلاث سنين، إلاَّ أن دية شبه العمد تتحمله العاقلة ودية العمد في مال الأب.

وقال الشافعي ـ رحمه الله ـ: ديةُ الدم كدية العمد تجب حالاً.

وَجْهُ قوله أن سبب الوجوب وجد حالاً، فتجب الدية حالاً، إذ الحكم يثبت على وفق السبب هو الأصل، إلا أن التأجيل في الخطأ ثبت معدولاً به عن الأصل، لإجماع الصحابة ـ رضي الله عنهم، أو يثبت معلولاً بالتخفيف على القاتل، حتى تحمل عنه العاقلة والعامد يستحق للتغليظ، ولهذا وجب في ماله لا على العاقلة.

ولنا أن وجوب الدية لم يعرف إلا بنصِّ الكتاب العزيز، وهو قوله تبارك وتعالى: ﴿وَمَن قَتَلَ مُؤْمِناً خَطَأً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ وَدِيَةٍ مُسَلَّمَةٍ إِلَىٰ أَهْلِهِ﴾ [النساء: ٩٢] والنصُّ وإن ورد بلفظ الخطأ، لكن غيره ملحقٌ به، إلاَّ أنه مجمل في بيان القدر والوصف، فبين ﷺ قدر الدية بقوله ـ عليه الصلاة والسلام ـ: «**فِي النَّفْسِ الْمُؤْمِنَةِ مِائَةٌ مِنَ الإِبِلِ**»(١) وبيان الوصف وهو الأجل ثبت بإجماع الصحابة ـ رضي الله عنهم ـ بقضية سيدنا عمر ـ رضي الله عنه ـ بمحضر منهم، فصار الأجل وصفاً لكلِّ دية وجبت بالنص.

وقوله دية الخطأ وجبت بطريق التخفيف والعامد يستحق التغليظ، قلنا: وقد غلظنا عليه من وجهين:

أحدهما: بإيجاب دية مغلظة.

والثاني: بالإيجاب في ماله، والجاني لا يستحق التغليظ من جميع الوجوه؛ وكذلك كل

---

(١) تقدم.

جزء من الدية تتحمله العاقلة أو تجب في مال القاتل، فذلك الجزء تجب في ثلاث سنين؛ كالعشرة إذا قتلوا رجلاً خطأً أو شبه عمدٍ حتى وجبت عليهم دية واحدة، فعاقلة كل واحد منهم تتحمل عشرها في ثلاث سنين؛ وكذلك العشرة إذا قتلوا رجلاً [عمداً][1] وأحدهم أبوه حتى وجبت عليهم دية واحدة في مالهم، يجب على كل واحد منهم عشرها في ثلاث ستين؛ لأن الواجب على كل واحد منهم جزء من دية مؤجلة في ثلاث سنين، فكان تأجيل الدية تأجيلاً لكلِّ جزء من أجزائها، إذ الجزء لا يخالف الكل في وصفه، ولا خلاف في أن بدل الصلح عن دم العمد يجب في ماله حالاً؛ لأنه لم يجب بالقتل/، وإنما وجب بالعقد، فلا يتأجل إلا بالشرط كثمن المبيع ونحو ذلك؛ وكذلك العبد إذا قتل إنساناً خطأً، واختار المولى الفداء، يجب الفداء حالاً؛ لأن الفداء لم يجب بالقتل بدلاً من القتيل، وإنما وجب بدلاً عن دفع العبد، والعبد لو دفع يدفع حالاً فكذلك بدله، والله تعالى أعلم.

٣/ ٢٩ب

هذا إذا كان القاتل حُرًا والمقتول حُرًا، فأما إذا كان القاتل حُرًا والمقتول عبداً، فالعبد المقتول لا يخلو إما إن كان عبد أجنبيٍّ، وإما إن كان عبد القاتل.

فإن كان عبد أجنبي فيتعلق بهذا القتل حكمان:

أحدهما: وجوب القيمة؛ والكلام في القيمة في مواضع: في بيان مقدار الواجب منها، وفي بيان مَنْ تجب عليه، وفي بيان من يتحمله، وفي بيان كيفية الوجوب.

أما الأول: فالعبد لا يخلو إما كان قليل القيمة، وإما إن كان كثير القيمة، فإن كان قليل القيمة؛ بأن كان قيمته أقل من عشرة آلاف درهم، يجب قيمته بالغةً ما بلغت؛ بالإجماع، وإن كانت قيمته عشرة آلاف أو أكثر، اختُلف فيه، قال أبو حنيفة ومحمدٌ ـ رحمهما الله ـ يجب عشرة آلاف إلا عشرة.

وروي عن أبي يوسف في غير رواية الأصول: أنه يجب قيمته بالغة ما بلغت، وهو قول الشافعي ـ رحمه الله ـ، والمسألة مختلفةٌ بين الصحابة ـ رضي الله عنهم ـ روي عن عبد الله بن مسعود ـ رضي الله عنه ـ مثل مذهبنا، وروي عن سيدنا عثمان وسيدنا علي ـ رضي الله عنهما ـ مثل مذهبه.

والحاصلُ أن العبد آدمي ـ ومال لوجود معنى الآدمية والمالية فيه، وكل واحد منهما معتبرٌ مضمونٌ بالمثل، والقيمة حالة الانفراد، وبالقتل فوت المعنيين جميعاً، ولا وجه إلى إيجاب الضمان بمقابلة كل واحدة منهما على الانفراد، فلا بد من إيجابه بمقابلة أحدهما

---

(١) سقط من ط.

وإهدار الآخر، فيقع الكلام في الترجيح، فادعى الشافعي ـ رحمه الله ـ الترجيح من وجهين:

أحدُهما: أن الواجب مال، ومقابلة المال بالمال أَوْلَىٰ من مقابلة المال بالآدمي؛ لأن الأصل في ضمان العدوان الوارد على حق العبد أن يكون مقيداً بالمثل، ولا مماثلة بين المال والآدمي، فكان إيجابه بمقابلة المال موافقاً للأصل، فَكَانَ أَوْلَىٰ.

والثاني: أن الضمان وجب حقًّا للعبد، وحقوقُ العباد تجب بطريق الجبر، وفي إيجاب الضمان بمقابلة المالية جبر حق المفوت عليه من كل وجهٍ.

ولنا: النص ودلالة الإجماع والمعقول، أما النص؛ فقوله تبارك وتعالى: ﴿وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِناً خَطَأً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ وَدِيَةٌ مُسَلَّمَةٌ إِلَىٰ أَهْلِهِ﴾ [النساء: ٩٢] وهذا مؤمنٌ قتل خطأً، فتجب الدية، والدية ضمان الدم، وضمان الدم لا يزاد على عشرة آلاف بالإجماع.

وأما دلالة الإجماع، فهو أنا أجمعنا على أنه لو أقر على نفسه بالقصاص يصح، وإن كذبه المولى، لولا أن الترجيح لمعنى الآدمية لما صح؛ لأنه يكون إقراره إهداراً لمال المولى قصداً من غير رضاه، وأنه لا يملك ذلك.

وأما المعقول فمن وجهين:

أحدهما: أن الآدمية فيه أصل، والمالية عارض وتبع، والعارض لا يعارض الأصل، والتبع لا يعارض المتبوع، ودليل أصالة الآدمية من وجوه:

أحدها: أنه كان خلق خلق آدميًا، ثم ثبت فيه وصف المالية بعارض الرق.

والثاني: أن قيام المالية فيه بالآدمية وجوداً وبقاء لا على القلب.

والثالث: أن المال خلق وقاية للنفس، والنفسُ ما خلقت وقاية للمال، فكانت الآدمية فيه أصلاً وجوداً وبقاء وعرضاً.

والثاني: أن حرمة الآدمي فوق حرمة المال؛ لأن [حرمة المال][1] لغيره وحرمة الآدمي لعينه، فكان اعتبار النفسية وإهدار المالية أولى من القلب، إلا أنه نقصت ديته عن دية الحر لكون الكفر منقصاً في الجملة وإظهاراً لشرف الحرية، وتقدير النقصان بالعشرة ثبت توقيفاً.

قال ابن مسعود ـ رضي الله عنه ـ: ينقص من دية الحر عشرة دراهم، فالظاهر أنه قال ذلك سماعاً من رسول الله ـ عليه السلام ـ، لأنه من باب المقادير، أو لأن هذا أدنى مال له في خطر الشرع كما في نصاب السرقة، والمهر في النكاح.

---

(١) في أ: حرمته.

قوله: «المال ليس بمثل للآدمي» قلنا: نعم، لكن لشرف الآدمي وجه المال لم يجعل مثلاً له عند إمكان إيجاب ما هو مثل له من كل وجهٍ وهو النفس. فأمَّا عند تعذر اعتباره من كل وجه، فاعتبار المثل من وجه أولى من الإهدار.

وقوله: «الجبر في المال أبلغ» قلنا: بلى، لكن فيه إهدار الآدمي، ومقابلة الجابر بالآدمي الفائت أولىٰ من المقابلة[1] بالمال الهالك، وإن كان الجبر ثمة أكثر، لكن فيه اعتبار جانب المولى، فيكون لغيره، وفيما قلنا الجبر أقل لكن فيه اعتبار جانب نفس الآدمي وهو العبد، وحرمة الآدمي لعينه، فكان ما قلناه أوْلَىٰ.

ولو كان المقتول أمة، فإن كانت قليلة القيمة؛ بأن كانت قيمتها أقل من خمسة آلاف، فهي مضمونة بقدر قيمتها، بالغة ما بلغت، وإن كانت كثيرة القيمة؛ بأن كانت/ قيمتها خمسة آلاف أو أكثر، يجب خمسة آلاف إلا عشرة، عند أبي حنيفة ومحمد ـ رحمهما الله ـ وعلى رواية أبي يوسف ـ رحمه الله ـ له، فهو قول الشافعي ـ رحمه الله ـ تبلغ بالغة ما بلغت، والكلام في الأمة كالكلام في العبد، وإنما ينقص منها عشرة كما نقصت من دية العبد.

٣/ ٣٠أ

وَإن اختلفا في قدر البدل، لأن هذه دية البدل، لأن هذه دية كاملة في الأمة فينقص في العبد، بخلاف ما إذا قطع يد عبد تزيد نصف قيمته على خمسة آلاف؛ أنه تجب خمسة آلاف إلا خمسة؛ لأن الواجبَ هناك ليس بدية كاملة، بل هو بعض الدية؛ لأن اليد منه نصف، فيجب نصف ما يجب في الكل، والواجب في الأنثى ليس بعض دية الذكر، بل هو دية كاملة في نفسها، لكنها دية الأنثى.

وأما بيان مَنْ يجب عليه ومن يتحملها، فإنها تجب على القاتل؛ لوجود سبب الوجوب منه، وهو القتل، وتتحملها العاقلة في قولهما.

وَعَلَىٰ رواية أبي يوسف، وهو قول الشافعي ـ رحمه الله ـ تجب في مال القاتل؛ وهذا بِنَاءً على الأصل الذي ذكرنا أنَّ عندهما ضمان العبد بمقابلة النفس، وضمان النفس تتحمله العاقلة وكدية الحر.

وعند الشافعي بمقابلة المالية، وضمان المال لا تتحمله العاقلة، بل يكون في مال المتلف؛ كضمان سائر الأموال.

وروي عن أبي يوسف في كثير القيمة أن يقدر عشرة آلاف تعقله العاقلة؛ لأنَّ ذلك القدر يجب بمقابلة النفسية، وما زَادَ عليها لا تعقله؛ لأنه يجب بمقابلة المالية.

---

(١) في أ: مقابلته.

وَأَمَّا كيفية وجوب القيمة على العاقلة عندنا، وقدر ما يتحمل كل واحد منهم، فما ذكرنا في دية الحر من غير تفاوت، والله تعالى أعلم.

والثاني: وجوب الكفارة؛ لعموم قوله ـ تبارك وتعالى: ﴿وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِناً خَطَأً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ﴾ [النساء: ٩٢] من غير فصلٍ بين الحر والعبد، والله تعالى الموفق.

ولو كان المقتول مدبر إنسان، أو أم ولده، أو مكاتبه، فحكمه حكم القن في جميع ما وَصَفْنا، وإن كان عبد القاتل فجناية المولى عليه هَدَرٌ؛ وكذا لو كان مدبره أو أم ولده؛ لأن القيمة لو وجبت لوجبت له عليه، وهذا ممتنعٌ، وإن كان مكاتبه فجناية المولى عليه لازمة، وعلى المولى قيمته في ثلاث سنين؛ لأن المكاتب فيما يرجع إلى كسبه وأرش جنايته حُرٌّ، فكان كسبه وأرشه له، فالجناية عليه من المولى والأجنبي سواء، ولا تعقلها العاقلة، بل تكون على ماله؛ لقوله ـ عليه الصلاة والسلام: «**لاَ تَعْقِلُ العَاقِلَةُ عَمْداً وَلاَ عَبْداً**»[1] والمكاتب عندنا عبدٌ ما بقي عليه درهمٌ؛ ولأن المكاتب على ملك مولاه، وإنما ضمن جنايته بعد الكتابة، والعقد ثابت بينهما، غير ثابت في حق العاقلة، ولهذا لا تعقل العاقلة الاعتراف؛ لأن إقرار المقر حجة في حقه لا في حق غيره، وكذلك جناية المولى على رقيق المكاتب وعلى ماله لازمة، لما ذكرنا أنه أحق بكسبه من المولى، والمولى كالأجنبي فيه؛ وَكَذَا إذا كان مأذوناً مديوناً فعلى المولى قيمته؛ لتعلق حق الغرماء برقبته. وبالقتل أبطل محل حقهم فتجب عليه قيمته، وتكون في ماله بالنصِّ، وتكون حالة؛ لأنه ضمان إتلاف المال.

هذا إذا كان القاتلُ حُرًّا والمقتولُ عبداً. فأما إذا كان القاتل عبداً والمقتولُ حُرًّا فالحر المقتول لا يخلو من أن يكون أجنبيًّا أو يكون ولي العبد، فإن كان أجنبيًّا فالعبد القاتل لا يخلو من أن يكون قنًّا أو مدبراً أو أم ولدٍ أو مكاتباً، فإن كان قنًّا، يدفع إذا ظهرت جنايته، إلاَّ أن يختار المولى الفداء، فلا بد من بيان ما تظهر به هذه الجناية، وَبَيَان حكم هذه الجناية، وبيان صفة الحكم، وبيان ما يصير به المولى مختاراً للفداء، وشرط صحة الاختيار، وبيان صفة الفداء الواجب عند الاختيار.

أما الأول: فهذه الجناية تظهر بالبينة وإقرار المولى وعلم القاضي، ولا تظهر بإقرار العبد، محجوراً كان أو مأذوناً؛ لأن العبد يملك بالإذن بالتجارة ما كان من مال التجارة، والإقرار بالجناية ليس من التجارة، وإذا لم يصح إقراره لا يؤخذ به، لا في الحال ولا بعد العتاق؛ لأن موجب إقراره لا يلزمه، وإنما يلزم مولاه، فكان هذا إقراراً على المولى، حتى لو صدقه المولى صَحَّ إقراره.

---

(١) تقدم.

وكذلك لو أقر بعد العتاق أنه كان جنى في حال الرق، لا شيء عليه؛ لما ذكرنا أن هذا إقرار له على المولى.

ألا ترى لو صدقه المولى وأقر أنه أعتقه، وهو يعلم بالجناية، فعلى المولى قيمته، والله سبحانه وتعالى أعلم.

وأما حكم هذه الجناية، فوجوب دفع العبد إلى ولي الجناية، إلاَّ أن يختار المولى الفداء عندنا، وقال الشافعي ـ رحمه الله ـ حكمها تعلق الأرش برقبة العبد، يباع فيه ويستوفي الأرض من ثمنه، فَإِنْ فضل منه شيء فالفضل للمولى، وإن لم يف ثمنه بالأرش يتبع بما بقي بعد العتاق، وللمولى أن يستخلصه ويؤدي الأرش من مال/ آخر. ٣/ ٣٠ب

وجه قوله إن الأصل في ضمان الجناية أنه يجب على الجاني، والواجب على الإنسان إما أن يكون في ماله، أو تتحمل العاقلة عنه، والعبد لا مال له، ولا عاقلة، فتعذر الإيجاب عليه، فتجب في رقبته، يباع فيه كدين الاستهلاك في الأموال.

ولنا إجماع الصحابة ـ رضي الله عنهم ـ؛ فإنه روي عن سيدنا علي وعن عبد الله بن عباس ـ رضي الله عنهما ـ مثل مذهبنا بمحضرٍ من الصحابة ـ رضي الله عنهم ـ، ولم ينقل الإنكار عليهما من أحدٍ منهم، فيكون إجماعاً منهم، والقياس يترك بمعارضة الإجماع، ودين الاستهلاك في باب الأموال يجب على العبد على ما عرف.

وأما صفة هذا الحكم فصيرورةُ العبد واجب الدفع على سبيل التعيين، كثرت قيمة العبد أو قَلَّت، وعند اختيار المولى الفداء ينتقل الحق من الدفع إلى الفداء، سواء كان المجني عليه واحداً أو أكثر، غير أنه إن كان واحداً دفع إليه، ويصير كله مملوكاً له، وَإن كانوا جماعة يدفع إليهم، وكان مقسوماً بينهم على قدر أروش جنايتهم، وسواء كان على العبد دين وقت الجناية أو لم يكن.

وبيان هذه الجملة في مسائل: إذا مات العبد الجاني قبل اختيار الفداء، بطل حق المجني عليه أصلاً؛ لأن الواجب دفع العبد على طريق التعيين، وذلك لا يتصور بعد هلاك العبد، فيسقط الحق أصلاً ورأساً، وهذا يدلُّ على أن قول من يقول حكم هذه الجناية تخير[١] المولى بين الدفع والفداء ليس بسديدٍ؛ لأنه لو كان كذلك لتعين الفداء عند هلاك العبد، ولم يبطل حق المجني عليه أصلاً على ما هو الأصل في المخير بين شيئين إذا هلك أحدهما أنه يتعين عليه الآخر.

---

(١) في أ: تخيير.

ولو مات بعد اختيار الفداء لا يبرأ بموت العبد؛ لأنه لما اختار الفداء فقد انتقل الحق من رقبته[١] إلى ذمة المولى، فلا تحتمل السقوط بهلاك العبد بعد ذلك، ولو كانت قيمةُ العبد أقل من الدية، فليس على المولى إلا الدفع؛ لأن وجوب الدفع حكمه لهذه الجناية ثبت بإجماع الصحابة ـ رضي الله عنهم ـ، ولم يفصلوا بين قليل القيمة وكثيرها، فلو جنى العبد على جماعة، فإن شاء المولى دفعه إليهم؛ لأن تعلق حق المجني عليه للأول لا يمنع حق الثاني والثالث؛ لأن ملك المولى لما لم يمنع التعلق، فالحق أولى؛ لأنه دونه، وإذا دفعه إليهم كان مقسوماً بينهم بالحصص قدر أروش جنايتهم، فإن حصة كُلِّ واحد منهم من العبد عرض عن الفائت، فيتقدر بقدر الفائت، وإن شاء أمسك العبد وغرم الجنايات بكمال أروشها.

ولو أراد المولى أنْ يدفع من العبد إلى بعضهم مقدار ما يتعلق به حقه[٢]، ويفدي الهديات له ذلك، بخلاف ما إذا كان القتيل واحداً وله وليان، فأراد المولى دفع العبد إلى أحدهما والفداء إلى الآخر؛ أنه ليس له ذلك؛ لأن الجناية هناك واحدة، ولها حكم واحد، وهو وجوب الدفع على التعيين، وعند اختيار الفداء وجوب الفداء على التعيين، ولا يجوز أن يجمع في جناية واحدة بين حكمين مختلفين؛ بخلاف ما إذا جنى على جماعة؛ لأن الجناية هناك متعددة، وله خيار الدفع والفداء في كل واحد منهما، والدفع في البعض والفداء في البعض لا يكون جمعاً بين حكمين مختلفين في جناية واحدة، فهو الفرق.

ولو قتل إنساناً وفقأ عين آخر، فإن اختار الدفع دفعه إليهما أثلاثاً؛ لتعلق حقهما بالعبد أثلاثاً، وإن اختار الفداء فدى عن كل جناية بأرشها؛ وكذلك إذا شج إنساناً شجاجاً مختلفة؛ أنه إن دفع العبد إليهم كان مقسوماً بينهم على قدر جناياتهم، وإن اختار الفداء فدى عن الكل بأروشها.

ولو قتل العبد رجلاً وعلى العبد دين، يخير المولى بين الدفع والفداء، ولا يبطل الدين بحدوث الجناية؛ لأن موجب الجناية وجوب الدفع وتعلق الدين برقبة العبد لا يمنع من الدفع، إلا أنه يدفعه مشغولاً بالدين، فإن فدى بالدية يباع العبد في الدين؛ لأنه لما فدى فقد طهرت رقبة العبد عن الجناية، فيباع، إلا أن يستخلصه المولى لنفسه، ويقضي دين الغرماء، وإن اختار الدفع إلى أولياء الجناية، فدفعه إليهم يباع لأجل الغرماء في دينهم، وإنما بدىء بالدفع لا بالدين؛ لأن فيه رعاية الحقين؛ حق أولياء الجناية بالدفع إليهم، وحق أصحاب الدين بالبيع لهم[٣]، ولو بدىء بالدين فبيع به لبطل حق أولياء الجناية في الدفع؛ لأنه بالبيع يصير ملكا للمشتري؛ لذلك بدىء بالدفع.

---

(١) في أ: رقبة المولى.
(٢) في أ: حقهم.
(٣) في أ: إليهم.

وفائدة الدفع إلى أولياء الجناية ثم البيع هي أن يثبت لهم حتى استخلاص العبد بالفداء؛ لأن الناس أغراضاً في الأعيان.

ثم إذا بيع فإن فضل شيء من ثمن العبد، كان الفضل لأولياء الجناية؛ لأن/ العبد بيع على ملكهم؛ لصيرورته ملكاً لهم بالدفع إليهم، وإن لم يف ثمنه بالدين يتأخر ما بقي إلى ما بعد العتاق؛ كما لو بيع على ملك المولى الأول، ولا يضمن المولى لأصحاب الدين بدفع العبد إلى أولياء الجناية شيئاً، استحساناً والقياس أن يضمن. ٣/ ٣١أ

وَجْهُ القياس أن الدفع إليهم تمليك منهم بعد تعلق الدين برقبته، فصار كأنه باعه منهم، ولو باعه منهم لضمن؛ كذا هذا.

وجه الاستحسان أن الدفع واجب عليه؛ لما فيه من رعاية الحقين لما بينا، ومن فعل ما وجب عليه لا يضمن.

ولو حضر الغرماء أولاً فباع المولى العبد، فإن فعل ذلك بغير أمر القاضي، ينظر: إن كان عالماً بالجناية صار مختاراً للفداء ولزمه الأرش، وإن كان غير عالم بالجناية، فعليه الأقل من قيمة العبد ومن الأرش وهو الدية، وإن كان رفع إلى القاضي فإن كان القاضي عالماً بالجناية، فإنه لا يبيع العبد بالدين؛ لأن فيه إبطال حق أولياء الجناية، فلا يملك ذلك، وإن لم يكن عالماً بالجناية فباعه بالدين ببينة قامت عنده أو بعلمه، ثم حضر أولياء الجناية، وَلاَ فضل في الثمن - بطلت الجناية، وَسَقَطَ حق أولياء الجناية؛ لأنه خرج عن ملك المولى بغير رضاه، فصار كأنه مات، وهذا لأنه لا سبيل إلى تضمين القاضي؛ لأنه فيما يصنعه أمين، فلا تلحقه العهدة، ولا سبيل إلى فسخ البيع؛ لأنه لو فسخ البيع ودفع بالجناية[1] لوقعت الحاجة إلى البيع ثانياً، فتعذر القول بالفسخ، فصار كأنه مات، ولو مات لبطل حق أولياء الجناية أصلاً؛ كَذَا هَذَا، والله تعالى أعلم.

ولو قتل العبد الجاني قبل الدفع، فإن كان القاتل حرًا يأخذ المولى قيمته ويدفعها إلى ولي الجناية، إن كان واحداً، وإن كانوا جماعة يدفعها إليهم على قدر حقوقهم؛ لأن القيمة بدل العبد، فنقوم مقامه، إلا أنه لا خيار للمولى بين القيمة والفداء، حتى لو تصرف في تلك القيمة لا يصير مختاراً للفداء، ولو تصرف في العبد يصير مختاراً للفداء على ما نذكر، وإنما كان كذلك لأن القيمة دراهم أو دنانير، فإن كانت مثل الأرش فلا فائدة في التخيير، وكذلك إن كانت أقل من الأرش أو أكثر منه؛ لأنه يختار الأقل لا محالة، بخلاف العهد فإنه وإن كان قليل

---

(١) في أ: الجناية.

القيمة فللناس رغائب في الأعيان، وكذلك إن قتله عبد أجنبي فخير مولاه بين الدفع والفداء وفدى بقيمة العبد المقتول أن المولى يأخذ القيمة ويدفعها إلى ولي الجناية؛ لما قلنا.

ولو دفع [العبد][1] القاتل إلى مولى العبد المقتول يخير مولى العبد المقتول بين الدفع والفداء؛ حتى لو تصرف في العبد المدفوع بالبيع ونحوه يصير مختاراً للفداء؛ لأن العبد القاتل قام مقام المقتول لحماً ودماً، فكان الأول قائم.

وإن قتله عبد آخر لمولاه، يخير المولى في شيئين في العبد القاتل: بين الدفع والفداء؛ لأن تعلق حق ولي الجناية بالعبد جعل المولى كالأجنبي، فصار كأن عبد أجنبي قتل العبد الجاني، وهناك يخير بين الدفع والفداء بقيمة المقتول؛ كذا ههنا.

وكذلك لو قتل عبد رجلاً خطأ، وقتلت أمة لمولاه، هذا العبد يخير المولى بين دفعها وفدائها بقيمة العبد؛ لما قلنا.

ولو كان العبد قتل رجلاً خطأ، وقتلت أمة لمولاه رجلاً آخر خطأ، ثم إن العبد قتل الأمة، خير المولى بين الدفع والفداء، فإن اختار الفداء فدى بالدية وقيمة الأمة، وإن اختار الدفع ضرب فيه أولياء قتيل العبد بالدية، وأولياء قتيل الأمة بقيمة الأمة؛ لأن الجناية عليها كالجناية على أمة أجنبي قتلت رجلاً خطأ، ولو كانت قيمة الأمة ألفاً، كان العبد مقسوماً بينهم على أحد عشر سهماً: سهم لأولياء قتيل الأمة، وعشرة أسهم لأولياء قتيل العبد، فإن قطع عبد لأجنبي يد العبد الجاني، أو فقأ عينه، أو جرحه جراحة، فخير مولى العبد القاطع أو الفاقىء أو الجارح بين الدفع والفداء، فإن دفع عبده أو فداه بالأرش، فمولى العبد المقطوع يخير بين الدفع والفداء فإن شاء دفع عبده المقطوع مع العبد القاطع أو مع أرش يد عبده المقطوع، وإنْ شاء فدى عن الجناية بالأرش؛ لأن العبد المقطوع كان واجب الدفع بجميع أجزائه، وأرش يده بدل جزئه؛ وكذا العبد المدفوع قائم مقام يده، فكان واجب الدفع، إلاَّ أن يختار الفداء فينقل[2] الحق من العبد إلى الأرش.

ولو كسب[3] العبد الجاني كسباً، أو كان الجاني أمة فولدت بعد الجناية، فاختار المولى الدفع، لم يدفع الكسب ولا الولد، بخلاف الأرش أنه يدفع.

والفرق أن الأرش بدل جزء كان واجب الدفع، وحكم البدل حكم المبدل؛ بخلاف الكسب والولد.

---

(١) سقط من ط.
(٢) في أ: فينتقل.
(٣) في أ: اكتسب.

٣/ ٣١ب ولو قطعت يد العبد فأخذ المولى الأرش، ثم اختلفت المولى وولي/ الجناية؛ فادعى المولى أن القطع كان قبل جنايته، وأن الأرش سالم له، وادعى ولي الجناية أنه كان بعدها، وأنه مستحق الدفع مع العبد، فالقول قول المولى؛ لأن الأرش ملك المولى كالعبد؛ لأنه بدل ملكه، فولي الجناية يدعي عليه وجوب تمليك مال هو ملكه منه، وهو ينكر، فَكَان القول قوله مع يمينه.

ولو قطعت يد عبد أو فقئت عينه وأخذ المولى الأرش، ثم جنى جناية، فإن شاء المولى اختار الفداء، وإن شاء دفع العبد كذلك ناقصاً وسلم له ما كان أخذ من الأرش؛ لأن وجوب الدفع بسبب الجناية وهو كان عند الجناية ناقصاً [فيدفع ناقصاً][1]؛ بخلاف ما إذا قطعت يده بعد الجناية أنه يدفع مع أرش اليد؛ لأن العبد وقت الجناية عليه كان واجب الدفع بجميع أجزائه، والأرش بدل الجزء، فيجب دفعه مع العبد.

ولو قتل قتيلاً خطأ، ثم قطعت يده، ثم قتل قتيلاً آخر خطأ، فأرش يده يسلم لولي الجناية الأولى؛ لأن حقه كان متعلقاً بجميع أجزائه وقت الجناية، والأرش بدل الجزء، فيقوم مقامه، فيسلم له.

فأما حق الثاني فلم يتعلق بالجزء؛ لانعدامه وقت الجناية، ثم يدفع العبد فيكون بين ولي الجنايتين على تسعة وثمانين جزءاً؛ لأن موضوع المسألة فيما إذا كانت قيمة العبد ألف درهم، فنقول حق ولي كل جناية في عشرة آلاف، وقد استوفى ولي الجناية الأولى من حقه خمسمائة، فيجعل كل خمسمائة سهماً، فيكون كل العبد أربعين سهماً حق كل واحد منهما في عشرين، وقد أخذ ولي الجناية الأولى من حقه خمسمائة [أو بقي][2] حقه في تسعة عشر سهماً ولم يأخذ ولي الجناية الثانية شيئاً، فبقي حقه في عشرين جزءاً من العبد، وإن اختار الفداء، فدى عن كل واحد من الجنايتين بعشرة آلاف؛ لأن ذلك أرشها.

ولو شج إنساناً موضحة، وقيمته ألف درهم، ثم قتل آخر وقيمته ألفان، فإن اختار الفداء فدى عن كل واحدة من الجنايتين بأرشها، وإن اختار الدفع دفعه مقسوماً ما بينهما على أحد وعشرين سهماً: سهم لصاحب الموضحة، وعشرون لولي القتيل لما ذكرنا أن قسمة العبد بينهما على قدر تعلق حق كل واحد منهما به، وصاحب الموضحة حقه في خمسمائة، وحق ولي القتيل في عشرة آلاف، فيجعل كل خمسمائة سهماً، فتكون القسمة على أحد وعشرين، وما حدث من زيادة القيمة للعبد والزيادة على الشركة أيضاً: لأنها صفة الأصل، وإذا ثبتت الشركة في الأصل ثبتت في الصفة.

---

(١) سقط من ط.
(٢) في أ: وبقى.

وكذلك لو قتل إنساناً خطأ وقيمته وقت القتل ألفان، ثم عمي بعد القتل قبل الشجة، ثم شج إنساناً موضحة، كانت القسمة بينهما على أحد وعشرين، وما حدث فيه من النقصان فهو على الشركة أيضاً؛ لما قتلنا، والله تعالى أعلم.

ولو جنى جناية ففداه المولى، ثم جنى جناية أخرى خير المولى بين الدفع والفداء؛ لأنه لما فدى فقد طهر العبد عن الجناية، وصار كأنه لم يجن، فإذا جنى بعد ذلك فهذه جناية مبتدأة، فيبتدىء بحكمها وهو الدفع أو الفداء؛ بخلاف ما إذا جنى ثم جنى جناية أخرى قبل اختيار الفداء؛ أنه يدفع إليهما جميعاً أو يفدي؛ لأنه لما لم يفد للأولى حتى جنى ثانياً فحق كل واحد منهما تعلق بالعبد، فيدفع إليهما أو يفدي.

ولو قتل العبد رجلاً وله وليان، فدفعه المولى إلى أحدهما فقتل عبده رجلاً آخر، ثم حضروا يقال للمدفوع إليه: ادفع نصف العبد إلى ولي القتيل الثاني، أو [افده][1] نصف الدية، وأما النصف الآخر فيؤمر بالرد على المولى [ثم يخير المولى][2] بين الدفع إلى ولي الجناية الثانية وولي الجناية الأولى الذي لم يدفع إليه.

أما وجوب دفع نصف العبد على المدفوع إليه إلى ولي القتيل الثاني أو الفداء؛ فلأنه ملك نصف العبد بالدفع، فيخير في جنايته بين الدفع والفداء.

وأما وجوب رد نصف العبد إلى المولى؛ فلأنه أخذه بغير حق، فعليه رده؛ لقوله عليه الصلاة والسلام: «**عَلَى اليَدِ مَا أَخَذَتْ حَتَّىٰ تَرُدَّهُ**»[3] ولا يخير المولى في النصف بين الدفع إلى ولي الجنايتين وبين الفداء؛ لأن وقت الجناية الأولى كان كل العبد على ملكه، ووقت وجود الثانية كان نصفه على ملكه، فيوجب الدفع أو الفداء، فإن اختار الفداء فدى لكل واحد منهما بنصف الدية، وإن دفع دفع نصف العبد إليهما نصفين؛ لأن الدفع على قدر تعلق الحق، وحق كل واحد منهما تعلق بنصف، فيكون نصف العبد بينهما نصفين؛ وقد كان وصل النصف إلى ولي الجناية الثانية من جهة المدفوع إليه، ووصل إليه بالدفع من المولى الربع، فسلم له ثلاثة أرباع العبد، وسلم لولي الجناية الأولى الذي لم يدفع إليه العبد الربع، فصار العبد بينهما أرباعاً، ثلاثة أرباعه لولي الجناية الثانية، وربعه لولي الجناية/ الأولى، وبقي إلى تمام حقه الربع، ثم لا يخلو إما إن كان المولى دفع كل العبد بقضاء القاضي، أو بغير قضاء القاضي، فإن كان الدفع بقضاء لا يضمن المولى؛ لأن الدفع إذا كان بقضاء، كان هو مضطراً في الدفع، ٣/ ١٣٢أ

(١) سقط من ط.
(٢) سقط من ط.
(٣) تقدم.

فلا يضمن، ولا سبيل إلى تضمين القاضي؛ لأن القاضي فيما يصنع أمين، فلا تلحقه العهدة، ويضمن القابض؛ لأن قبض نصيب صاحبه بغير حق، والقبض بغير حق سبب لوجوب الضمان؛ كقبض الغصب، ولا يخرج عن الضمان بالرد إلى المولى؛ لأنه لم يرده على الوجه الذي قبض العبد فارغاً ورده مشغولاً.

وإن كان الدفع بغير قضاء القاضي؛ فولي الجناية الذي لم يدفع إليه العبد بالخيار: إنْ شَاءَ ضمن الولي ربع قيمة العبد، وَإن شاء ضمن القابض ليسلم له نصف العبد، ربعه لحم ودم، وربعه دراهم ودنانير؛ لأنه وجد سبب وجوب الضمان في حق كل واحد منهما، الدفع من المولى والقبض من القابض، فإن اختار تضمين المولى، فالمولى يرجع على القابض، وإن اختار تضمين القابض لا يرجع على المولى؛ لأن حاصل الضمان عليه.

وَلَوْ قتل العبد قتيلين خطأ، فدفعه المولى إلى أحد ولي القتيلين[١]، فقتل عنده قتيلاً آخر، واجتمعوا؛ فإن القابض يدفع نصف العبد بالجناية أو يفدي نصف الجناية؛ لما ذكرنا في الفصل الأول.

ثم يقال للمولى: ادفع النصف الباقي إلى ولي الجناية الثالثة[٢]، أو افد بنصف الدية خمسة آلاف؛ لأنه قد وصل إليه نصف العبد وبقي حقه في النصف، ويفدي لولي الجناية الثانية بكمال الدية عشرة آلاف؛ لأنه لم يصل[٣] إليه شيء من حقه، وله أن يدفع نصف العبد إليهما، فإن دفع إليهما كان مقسوماً بينهما على قدر حقيهما، فيضرب ولي الجناية الثانية فيه بعشرة آلاف، وولي الجناية الثالثة بخمسة آلاف، فيصير نصف العبد بينهما أثلاثاً؛ ثلثاه لولي الجناية الثانية، وثلثه لولي الجناية الثالثة، وبقي من حق الثاني السدس؛ لأن حقه في نصف العبد، وقد حصل له ثلثا النصف؛ وهو ثلث كل العبد؛ فبقي إلى تمام حقه السدس، فَإنْ كان الدفع بقضاء القاضي، ضمن القابض [لا][٤] المولى، وَإن كان بغير قضاء، فإن شاء ضمن المولى، وَإن شاء ضمن القابض؛ كما في المسألة المتقدمة.

ولو قتل العبد إنساناً وَفَقأ عين آخر، فدفع المولى العبد إلى المفقوءة عينه فقتل في يده قتيلاً، يقال للمفقوءة عينه: ادفع ثلث العبد إلى ولي القتيل الثاني، أو افده بالثلث، ورد الثلثين على المولى؛ لأنه أخذ الثلث بحق ملكه، وأخذ الثلثين بغير حق، فيؤمر بالرد إلى المولى، ثم يخير المولى بين الدفع والفداء، فإن اختار الفداء فدى للأول بتمام الدية عشرة آلاف، وللثاني بثلثي الدية، وذلك ستمائة وستة وستون وثلثان، وإن اختار الدفع دفع إليهما مقسوماً بينهما على

(١) في أ: القتيل.
(٢) في أ: الثانية.
(٣) في أ: يقبل.
(٤) سقط من ط.

قدر حقهما، فيتضاربان، يضرب الأول بتمام الدية عشرة آلاف، والثاني بثلثي الدية ستة آلاف ستة وستين وثلثين، فاجعل كل ألف سهماً وستمائة، فيصير ثلثا الدية بينهما على ستة عشر سهماً وثلثين، فيكون كل العبد على خمسة وعشرين سهماً، وقد أخذ ولي القتيل الثاني منه ثلثه؛ وهو ثمانية وثلث، وبقي ثلثاه، فيكون بينهما لولي القتيل الأول عشرة ولولي القتيل الثاني ستة وثلثان، ثم ولي القتيل الأول يَرْجع على القابض وهو المفقوءة عينه بستة أجزاء من ستة عشر جزءاً، وثلثي جزء من ثلثي قيمته؛ لأن هذا القدر كان حقه، وقد فات عليه بسبب كان في يد القابض، فيجعل كأنه هلك عنده، فيضمنه لولي القتيل الأول، فإن كان الدفع بغير قضاء القاضي، له أن يأخذ أيهما شاء كما في الفصل الأول.

وطريقة أخرى في الحساب أنه إذا دفع ثلثي العبد إليهما وضرب أحدهما بالدية والآخر بثلثي الدية، يجعل كل ثلث سهماً، فيصير كل الدية ثلاثة أسهم وثلثا الدية سهمين، فيصير ثلثا العبد على خمسة أسم، للأول ثلاثة وللآخر سهمان، ويصير الثلث الآخر سهمين ونصف، فيصير جميع العبد على سبعة ونصف، فوقع فيه كسر، فيضعف، فيصير خمسة عشر، فالثلث منه خمسة وقد دفع إلى الآجر وثلثا العبد عشرة، فيقسم بينهما، فيضرب الأول بثلاثة أخماسه وهو ستة أسهم، والآخر بأربعة أسهم، ثم يرجع الأول على القابض بخمس ثلثي قيمة العبد، والله سبحانه وتعالى أعلم.

ولو قتلت أمة رجلاً ثم ولدت بنتاً فقتلت البنت رجلاً، ثم إن البنت قتلت أمها، فالمولى يخير بين دفع البنت إلى ولي الجنايتين وبين الفداء، فإن اختار الفداء فدى لأولياء قتيل البنت بالدية، ولأولياء قتيل الأم بقيمة الأم؛ لما ذكرنا فيما تقدم أن تعلق حق المجني عليه - وهو حق الدفع - ألحق المولى بالأجنبي، فتصير كأنها جنت على جارية أخرى لأجنبي، وإن اختار الدفع ضرب أولياء قتيل البنت بالدية، وأولياء قتيل الأم بقيمة العبد فيقسم العبد بينهم على ذلك؛ حتى لو كانت قيمة الأم ألف درهم، كانت القسمة على/ إحدى عشر سهماً، كل ألف درهم سهم، سهم من ذلك لأولياء قتيل الأم، وعشرة أسهم لأولياء قتيل البنت.

٣/ ٣٢ب

وَلَوْ كَانَت البنت فقأت عين الأم ولم تقتلها، فالمولى يخير بين الدفع والفداء، لا يخلو إما أن يختار دفعهما جميعاً، وَإما أن يختار فداءهما جميعاً، وَإما أن يختار فداء البنت ودفع الأم، وَإما أن يختار فداء الأم ودفع البنت، فإن اختار دفعهما جميعاً يدفع الأم إلى أولياء قتيل الأم، وهذا ظاهر، ويدفع البنت إلى أولياء قتيل البنت وإلى أولياء قتيل الأم، وكانت مقسومة بينهم على قدر حقوقهم فيتضاربون فيها، يضرب أولياء قتيل البنت فيها بالدية؛ لأن حقهم تعلق بكل البنت، وأولياء قتيل الأم بنصف قيمة الأم؛ لأنها فقأت إحدى عينيها، والعين من الآدمي نصفه، فإن اختار فداهما جميعاً فدى لكل فريق من أولياء الجنايتين بتمام الدية؛ لأن ذلك أرش

كل واحد من الجنايتين، وسقطت جناية البنت على الأم؛ لأنهما جميعاً ملك المولى، وقد طهرتا عن الجناية بالفداء، وخلص ملك المولى فيهما، فبقيت جناية البنت عليهما جناية ملك المولى على ملكه، فتكون هدراً.

وإن اختار دفع الأم وفداء البنت، دفع الأم إلى أولياء قتيل الأم، ثم يفدي البنت، يفدي لأولياء قتيل البنت بالدية، ولأولياء قتيل الأم بنصف قيمة الأم؛ لما بينا.

وَإن اختار دفع البنت وفداء الأم، يدفع البنت إلى أولياء قتيل البنت، ويفدي لأولياء قتيل الأم بكمال الدية، وبطلت جناية البنت على الأم؛ لأن الأم طهرت بالفداء، وخلص ملك المولى فيها، فصار جناية البنت على أمها جناية ملك المولى على ملكه، فتكون هدراً.

ولو أن الأم بعد ذلك فقأت عين البنت قبل أن تدفع واحدة منهما، فإن المولى يخير فيهما جميعاً، فيبدأ بالبنت؛ لأنها هي التي بدأت بالجناية، فيدفع إلى أولياء الجنايتين، فيتضاربون فيها، فيضرب فيها أولياء قتيل البنت بالدية، وأولياء قتيل الأم بنصف قيمة الأم لما بينا في المسألة الأولى، ثم يدفع الأم إليهم، فيتضاربون فيها، فيضرب فيها أولياء قتيل الأم بالدية؛ إلا ما وصل إليهم من أرش البنت، ويضرب فيها أولياء قتيل البنت بنصف قيمة البنت؛ لأن كل واحدة منهما جنت جنايتين، فتدفع كل واحدة بجنايتها.

طعن في هذا الجواب، وقيل ينبغي إذا دفع البنت في الابتداء أن يضرب فيها أولياء قتيل الأم بنصف قيمة الأم، وأولياء قتيل البنت بالدية، إلا ما يصل إليهم في المستأنف؛ لأنه يصل إليهم بعض الأم، فينبغي أن لا يضربوا بتمام الدية.

والصحيحُ ما ذكر في الكتاب؛ لأن البنت حين دفعت كان حق أولياء قتيل البنت في تمام الدية، ولم يكن وصل إليهم شيء، فوجب أن يضربوا بجميع ذلك، والزيادة التي تظهر لهم في المستأنف لا عبرة بها؛ لأن القسمة قد صحت وقت الدفع، فلا تتغير بعد ذلك؛ كما قالوا في رجل مات وعليه لرجل ألف ولآخر ألفان، وترك ألفاً فاقتسماها أثلاثاً، ثم إن صاحب الألفين أبرأ الميت عن ألف ـ إن القسمة الأولى لا تنتقض؛ كذا هذا.

ولو جنت الأمة جناية ثم ولدت ولداً، فقطع ولدها يدها، يدفع الولد مع الأم؛ لما ذكرنا أن الولد في حكم الجناية على الأم بمنزلة الأجنبي، فصار كأن عبد أجنبي قطع يدها ودفع بالجناية، وهناك يدفع العبد مع الجارية؛ لكونه قائماً مقام يد الجارية؛ كذا هذا، والله سبحانه وتعالى أعلم.

وَأَمَّا بيان ما يصير به المولى مختاراً للفداء، وبيان صحة الاختيار، فنقول: ما يصير به المولى مختاراً للفداء نوعان: نَصٌّ ودلالة.

أما النص: فهو الصريح بلفظ الاختيار وما يجري مجراه، نحو أن يقول اخترت الفدا أو آثرته أو رضيت به، ونحو ذلك، سواء كان المولى موسراً أو معسراً في قول أبي حنيفة ـ رضي الله عنه ـ، فيسار المولى ليس بشرط لصحة الاختيار عنده، حتى لو اختار الفداء ثم تبين أنه فقير معسر، صَحَّ اختياره، وصارت الدية ديناً عليه.

وعندهما يسار المولى شرط صحة اختياره الفدا، ولا يصح اختياره إذا كان معسراً إلا برضا الأولياء، ويُقَال له: إما أن تدفع أو تفدي حالاً؛ كذا ذكر الاختلاف في ظاهر الرواية.

وذكر الطحاوي قول محمدٍ مع قول أبي حنيفة في جواز الاختيار، وقال: إلاَّ أن عند محمد الديةُ تكون في عين العبد لولي الجارية يبيعه فيها المولى لولي الجناية؛ وهكذا روي عن أبي يوسف.

وجه قولهما أن الحكم الأصلي لهذه الجناية هو لزوم الدفع، وعند الاختيار ينتقل إلى الذمة، فيتقيد الاختيار بشرط السلامة، ولا سلامة مع الإعسار، فلا ينتقل إليها، فيبقى العبد واجب الدفع.

٣/ ١٣٣أ

ولأبي حنيفة ـ رحمه الله ـ أن العزيمة ما قالا، وهو/ وجوب الدفع، لكن الشرع رخص له الفدا عند الاختيار، والإعسار لا يمنع صحة الاختيار؛ لأنه لا يقدح في الأهلية والولاية، وقد وجد الاختيار مطلقاً عن شرط السلامة، فلا يجوز تقييد المطلق إلا بدليل.

وَأما الدلالة فهي أن يتصرف المولى في العبد تصرفاً يفوت الدفع أو يدل على إمساك العبد مع العلم بالجناية، فكل تصرف يفوت الدفع أو يدل على إمساك العبد[1] مع العلم بالجناية يكون اختيار للفداء، لأن حق المجني عليه متعلق بالعبد، وهو حق الدفع، وفي تفويت الدفع تفويت حقه، والظاهر أن المولى لا يرضى بتفويت حقه مع العلم بذلك؛ إلا بما يقوم مقامه، وهو الفدا، فكان إقدامه عليه اختياراً للفداء، وعلى هذا الأصل يخرج المسائل إذا باع العبد بيعاً باتاً، وهو عالم بالجناية، صار مختاراً؛ لأنه تصرف مزيل للملك، فيفوت الدفع؛ وكذا إذا باع بشرط خيار المشتري.

أما على أصلهما فلا يشكل؛ لأن المبيع دخل في ملك المشتري، وأما على أصل أبي حنيفة فلأن خيار المشتري إن كان يمنع دخول المبيع في ملكه، فلا يمنع زواله عن ملك البائع، وهذا يكفي دلالة الاختيار؛ لأنه يفوت الدفعِ.

ولو باع على أنه بالخيار، فإن مضت مدة الخيار [أو أسقط الخيار][2] قبل مضي المدة

(١) في أ: الدفع. (٢) سقط من ط.

كان مختاراً؛ لأن البيع انبرم قبل الدفع، ولو نقض البيع لم يكن مختاراً؛ لأن الملك لم يزل، فلم يفت الدفع، ولو عرض العبد على البيع، لم يكن ذلك اختياراً عند أصحابنا الثلاثة ـ رحمهم الله.

وقال زفر ـ رحمه الله ـ يكون اختياراً.

وجه [قول زفر][١] أن العرض على البيع دليل استيفاء الملك؛ ألا ترى أن المشتري بشرط الخيار إذا عرض المشتري على البيع بطل اختياره، فكان دليل إمساك العبد لنفسه، وذلك دليل اختيار الفداء، لما بينا.

ولنا: أن العرض على البيع لا يوجب زوال الملك، فلا يفوت الدفع، وليس دليل إمساك العبد أيضاً، بل هو دليل الإخراج من الملك، فلا يصلح دليل اختيار الفدا، ولو باعه بيعاً فاسداً، لم يكن مختاراً حتى يسلمه إلى المشتري؛ لأن الملك لا يزول قبل التسليم، فلا يفوت الدفع.

ولو وهبه من إنسان وسلمه إليه، صار مختاراً؛ لأن الهبة والتسليم يزيلان الملك، فيفوت الدفع، ولو كانت الجناية فيما دون النفس فوهبه المولى من المجني عليه، لا يصير مختاراً، ولا شيء على المولى، ولو باعه من المجني عليه كان مختاراً؛ لأن التسليم بالهبة في معنى الدفع؛ لأن كل واحد منهما تمليك بغير عوض، فوقعت الهبة موقع الدفع بخلاف البيع؛ لأنه تمليك بعوض، والدفع تمليك بغير عوض، فلا يقوم مقامه؛ فكان الإقدام على البيع منه اختياراً للفدا؛ وكذلك لو تصدق به على إنسان أو على المجني عليه، فهو والهبة سواء؛ لأن كل واحد منهما تمليك بغير عوض.

ولو أعتقه أو دبره أو كاتب[٢] أمة فاستولدها وهو عالم بالجناية، صار مختاراً؛ لأنَّ هذه التصرفات تفوت الدفع؛ إذ الدفع تمليك، وإنها تمنع من التمليك، فكانت اختياراً للفداء، ولو كانت جناية العبد فيما دون النفس، فأمر المولى المجني عليه بإعتاقه [فأعتقه][٣] وهو عالم بالجناية، صار المولى مختاراً للفداء؛ لأن إعتاقه بأمره مضاف إليه، فكان دليل اختيار الفداء كما لو أعتق بنفسه.

ولو قال لعبده: إن قتلت فلاناً فأنت حُرٌّ، فقتله، صار مختاراً للفداء عند أصحابنا الثلاثة ـ رحمهم الله.

---

(١) في ط: قوله.
(٢) في ط: كانت.
(٣) سقط من ط.

وعند زفر ـ رحمه الله ـ لا يكون مختاراً.

وجه قوله: أنه إنما صار معتقاً بالقول السابق، وهو قوله أنت حرٌ، ولا جناية عند ذلك، وبعد وجود الجناية لا اعتاق فكيف يصير مختاراً.

ولنا: أن المعلق بالشرط يصير منجزاً عند وجود الشرط بتنجيز مبتدأ؛ كأنه قال له بعد وجود الجناية: «أنت حر».

ونظيره إذا قال لامرأتِهِ وهو صحيحٌ: إذا مرضت فأنت طالقٌ ثلاثاً، فمرض حتى وقع الطلاق عليها، يصير فارًا عن الميراث حتى ترثه المرأة، وإن كان التعليق في حالة الصحة لما قلنا؛ كذا هذا.

ولو أخبر المولى إنسان أن عبده قد جنى فأعتقه، فإن صدقه ثم أعتقه، صار مختاراً للفدا؛ بلا خلافٍ، وإن كذبه فأعتقه، لا يصير مختاراً عند أبي حنيفة ـ رحمه الله ـ ما لم يكن المخبر رجلان أو رجل واحد عدل، وعندهما يصير مختاراً للفدا، ولا يشترط العدد في المخبر ولا عدالته، وقد ذكرنا المسألة في «كتاب الوكالة».

ولو كاتبه وهو عالمٌ بالجناية، صار مختاراً اختياراً على التوقف؛ لفوات الدفع في الحال على التوقف، فإن أدى بدل الكتابة فعتق تقرر الاختيار، وإن عجز ورد في الرق، ينظر في ذلك إن خوصم قبل أن يعجز فقضى [القاضي][1] بالدية ثم عجز لا يرتفع القضاء؛ لأن الدية كانت وجبت بالكتابة من/ حيث الظاهر، وتقرر الوجوب باتصال القضاء به، وإن لم يخاصم حتى عجز كان للمولى أن يدفعه؛ لأن الدفع كان لم يثبت على القطع والبتات لاحتمال أن يعجز، فإن عجز جعل كأن الكتابة لم تكن، فكان له أن يدفعه. ٣/ ٣٣ب

وروي عن أبي يوسف أنه يصير مختاراً بنفس الكتابة؛ لتعذر الدفع بنفسها؛ لزوال يده عنه، ثم عادت إليه بسبب جديد وهو العجز، ولو كاتبه كتابة فاسدة، كان ذلك اختياراً منه؛ بخلاف البيع الفاسد أنه لا يكون اختياراً بدون التسليم؛ لأن الكتابة الفاسدة وهي تعلق العتق بالأداء تثبت بنفس العقد، والبيع الفاسد لا يفيد الحكم بنفسه، بل بواسطة التسليم.

وأما الإجارة والرهن والتزويج؛ بأن زوج العبد الجاني امرأة أو زوج الأمة الجانية إنساناً، فهل يكون اختياراً؟.

ذكر في ظاهر الرواية أنه لا يكون اختياراً؛ لأن الدفع لم يفت؛ لأن الملك قائم، فكان الدفع ممكناً في الجملة، وذكر الطحاوي ـ رحمه الله ـ أنه يكون اختياراً؛ لأن الدفع للحال

---

(١) سقط من ط.

متعذرٌ، فأشبه البيع، والتزويج تعييب، فأشبه التعييب حقيقة، ولو أقر به لغيره لا يكون مختاراً؛ كذا ذكر في الأصل؛ لأن الإقرار به لغيره لا يفوت الدفع؛ لأن المقر مخاطب بالدفع أو الفداء.

وذكر الكرخي ـ رحمه الله ـ في مختصره أنه يكون مختاراً؛ لأن إقراره به لغيره في معنى التمليك منه، إذ العبد ملكه من حيث الظاهر؛ لوجود دليل الملك وهو اليد، فإذا أقر به لغيره فكأنه ملكه منه.

ولو قتله المولى صار مختاراً؛ لأنه فوت الدفع بالقتل، ولو قتله أجنبيٌّ. فإن كان عمداً بطلت الجناية، وللمولى أن يقتله قصاصاً؛ لأنه فات محل الدفع، لا إلى خلف هو مال، فتبطل الجناية، وإن كان خطأً يأخذ المولى القيمة، ويدفعها إلى ولي الجناية، ولا يخير المولى في القيمة على ما بينا فيما تقدم.

ولو لم يقتله المولى ولكن عيبه؛ بأن قطع يده، أو فقأ عينه، أو جرحه جراحة، أو ضربه ضرباً أثر فيه ونقصه، وهو عالم بالجناية ـ صار مختاراً للفداء؛ لأنه بالنقصان[1] حبس عن المجني عليه جزءاً من العبد، وحبس الكل دليل اختيار الفداء؛ لأنه دليل إمساك العبد لنفسه، فكذا حبس الجزء، ولأن حكم الجزء حكم الكل، والله سبحانه أعلم.

ولو ضرب المولى عينه فابيضت، وهو عالم بالجناية حتى جعل مختاراً، ثم ذهب البياض، فإن ذهب قبل أن يخاصم فيه، بطل الاختيار، ويؤمر بالدفع أو الفداء؛ لأنه إنما جعل مختاراً لأجل النقصان، وقد زال، فجعل كأن ذلك لم يكنْ. وإنْ خُوصم في حال البياض فضمنه القاضي القيمة، ثم زال البياض، فقضاء القاضي نافذ لا يرد ولا يبطل اختياره؛ لأن اختياره وقع صحيحاً، ووجب الدين، وقد استقر باتصال القضاء به، وإن استخدمه وهو عالم بالجناية، لا يصير مختاراً للفداء؛ لأنه لا يفوت الدفع بالاستخدام لقيام الملك، وكذا الاستخدام لا يختص بالملك؛ ولهذا لا يبطل به خيار الشرط، فلا يكون دليلاً على إمساك العبد لنفسه، فإن عطب في الخدمة فلا ضمان عليه، وبطل حق ولي الجناية؛ لأن الاستخدام ليس باختيار لما بينا، ولم يوجد منه تصرف آخر يدل على الاختيار، فصار كأنه عطب قبل الاستخدام.

وَلَوْ كان الجاني أمة فوطئها المولى، فإن كانت بكراً فقد صار مختاراً؛ لأنه فوت جزءاً منها حقيقة بإزالة البكارة، وهي إزالة العذرة، وإن كانت ثيباً، فإن علقت منه صار مختاراً، وَإن لم تعلق لا يصير مختاراً، وهذا جواب ظاهر الرواية.

---

(١) في أ: بالقصاص.

وروي عن أبي يوسف أنه يصير مختاراً، سواء علقت منه أو لم تعلق.

وجه هذه الرواية أن حل الوطء لا بد له من الملك، أما ملك النكاح أو ملك اليمين، ولم يوجد ههنا ملك النكاح، فتعين ملك اليمين لثبوت الحل، فكان إقدامه على الوطء دليلاً على إمساكها لنفسه، فكان دليل الاختيار.

وجه ظاهر الرواية أن الوطء ليس إلا استيفاء منفعة البضع، وأنه لا يوجب نقصان العين حقيقة؛ لأن منفعة البضع لا جزءاً من العين حقيقة إلا أنها ألحقت بالإجزاء، وقدر النقصان عند الاستيفاء في غير الملك إظهاراً لخطر البضع، والاستيفاء ههنا حصل في الملك، فلا حاجة إلى الإلحاق، فانعدم النقصان حقيقة وتقديراً، ولو أذن له في التجارة فركبه دين، لم يصر المولى مختاراً وعليه قيمته.

أما عدم صيرورته مختاراً، فلأن الإذن لا يوجب تعذر الدفع، لا قبل لحوق الدين ولا بعده، وأما لزوم القيمة فلأن تعلق الدين برقبة العبد يوجب نقصاناً فيه بسبب كان من جهة المولى، وهو الإذن بالتجارة، فتلزمه قيمته حتى لو رضي ولي/ الجناية بقبوله مع النقصان، لا شيء على المولى، ثم جميع ما يصير [المولى][1] به مختاراً للفداء مما ذكرنا إذا فعله وهو عالم بالجناية، فإن كان لم يعلم لم يكن مختاراً، سواء كانت الجناية على النفس أو على ما دون النفس؛ لأن الاختيار ههنا اختيار الإيثار، وأنه لا يتحقق بدون العلم بما يختاره، وهو الفدا عن الجناية، واختيار الفدا عن الجناية اختيار الإيثار، واختيار الإيثار بدون العلم بالجناية محالٌ، ثم الجناية إن كانت على النفس فعليه الأقل من قيمة العبد ومن الدية، وإن كانت على ما دون النفس فعليه الأقل من قيمته ومن الأرش؛ لأنه فوت الدفع المستحق من غير اختيار الفدا، فيضمن القيمة.

٣/ ٣٤أ

ولو باعه بيعاً باتًّا وهو لا يعلم بالجناية، فلم يخاصم فيها حتى رد العبد إليه بعيب بقضاء القاضي، أو بخيار رؤية، أو شرط ـ يقال له: ادفع أو افد، لأنه إذا لم يعلم بالجناية لم يصر مختاراً لما بينا، ولو كان بعد العلم فعليه الفدا؛ لأنه إذا باعه بعد العلم بالجناية فقد صار مختاراً للفداء؛ لتعذر الدفع لزوال ملكه بالبيع، فلا يعود بالرد، وهذا مشكلٌ؛ لأن الرد بهذه الأشياء فسخٌ للعقد من الأصل، وسيتضح المعنى فيه، إن شاء الله تعالى.

ولو قطع العبد يد إنسان أو جرحه جراحة فخير فيه، فاختار الدفع، ثم مات من ذلك، فالدفع على حاله لا يبطل؛ لأن وجوب الدفع لا يختلف بالقتل والقطع؛ لأنه يدفع في الحالين جميعاً، وإن اختار الفدا ثم مات يبطل الاختيار، ثم يخير ثانياً عند محمد، استحساناً، وهو

(١) سقط من ط.

قول أبي يوسف الأول، والقياس أن لا يبطل وعليه الدية، وهو قول أبي يوسف الأخير، ولم يذكر في ظاهر الرواية قول أبي حنيفة ـ رضي الله ـ، وذكر الطحاوي قوله مثل قول محمدٍ.

ولو كان اختار الفداء بالإعتاق؛ بأن عتق العبد للحال حتى صار مختاراً للفداء ثم مات المجني عليه، لا يبطل الاختيار، ويلزمه جميع الدية قياساً واستحساناً.

وجه القياس أن المولى لما اختار الفدا عن أصل الجناية، فقد صح اختياره؛ ولزمه موجبها، وبالسراية لم يتغير أصل الجناية، وإنما تغير وصفها، والوصف تبع للأصل، فكان اختيار الفداء عن المتبوع اختياراً عن التابع.

وجه الاستحسان أن اختيار الفدا عن القطع لما سرى إلى النفس ومات فقد صار قتلاً، وهما متغايران، فاختيار الفداء عن أحدهما لا يكون اختياراً عن الآخر، فيخير اختياراً مستقبلاً، بخلاف ما إذا كان الاختيار بالإعتاق؛ لأن إقدامه على الإعتاق مع علمه أن ربما يسري إلى النفس، فيلزمه كل الدية، ولا يمكنه الدفع بعد الإعتاق دلالة اختيار الكل والرضا به، وهذا المعنى لم يوجد ههنا؛ لأنه لم يرض بالزيادة على ما كان ثابتاً وقت الاختيار والعبد للحال محل للدفع، والله سبحانه وتعالى أعلم.

وأما صفة الفداء الواجب عند الاختيار، فهو أنها تجب في ماله حالاً لا مؤجلاً؛ لأن الحكم الأصلي لهذه الجناية هو وجوب الدفع والفداء كالخلف عنه، فيكون على نعت الأصل، ثم الدفع يجب حالاً في ماله لا مؤجلاً؛ فكذلك الفداء. والله ـ سبحانه وتعالى ـ الموفق.

هذا إذا كان العبد القاتل قنًا؛ فإن كان مدبراً فجنايته على مولاه إذا ظهرت، فيقع الكلام في مواضع: في بيان ما تظهر به جنايته، وفي بيان أصل الواجب ومن عليه، وفي بيان مقدار الواجب وفي بيان صفته.

أما الأول فجنايته تظهر بما تظهر به جناية القن، وقد ذكرناه، ولا تظهر بإقراره؛ حتى لا يلزم المولى شيء، ولايتبع المدبر بعد العتاق كجناية القن؛ لأن هذا إقرار على المولى، فلا يصح.

وأما بيان أصل الواجب بهذه الجناية، فأصل الواجب بها قيمة المدبر على المولى لإجماع الصحابة ـ رضي الله عنهم ـ، فإنه روي عن سيدنا عمر وأبي عبيدة بن الجراح ـ رضي الله عنهما ـ أنهما قضيا بجناية المدبر على مولاه بمحضرٍ من الصحابة، ولم ينقل أنه أنكر عليهما أحد منهم، فيكون إجماعاً من الصحابة والقياس يترك بمقابلة الإجماع؛ ولأن الأصل في جناية العبد هو وجوب الدفع على المولى، وبالتدبير منع من الدفع من غير اختيار الفداء، والمنع من الدفع من غير اختيار الفداء يوجب القيمة على المولى؛ كما لو دبر القن وهو لا يعلم الجناية.

وأما مقدار الواجب. فمقدار الواجب بهذه الجناية الأقل من قيمته ومن الدية؛ لأن الدية إن كانت هي الأقل[١]، فلا حق لولي الجناية في الزيادة، وإن كانت القيمة أقل فلم يمنع المولى بالتدبير إلا الرقبة، فإن كانت قيمته أقل من الدية، فعليه قدر قيمته؛ لما قلنا، ولا يخير بين قيمته وبين الدية؛ لأنه يخير بين الأقل والأكثر، وأنه خارج عن قضية الحكمة، وإن كانت قيمته أكثر من الدية أو مثل الدية، فعليه قدر الدية، وينقص منها عشرة/ دراهم؛ لأن قيمة العبد في الجناية لا تزاد على دية الحر، بل ينقص منها عشرة، وسواء قلَّت جنايته أو كثرت، لا يلزم المولى من جناياته أكثر من قيمة واحدة؛ لأن سبب الوجوب هو المنع عند الجناية، والمنع منع واحد، فكان الواجب قيمة واحدة، ولأن القيمة في جناية المدبر بمنزلة العين في جناية القن، قلَّت جنايته أو كثرت، ولا يجب شيء آخر مع الدفع؛ كذلك ههنا.

٣/٣٤ب

وتقسم قيمته بين أولياء الجنايات على قدر جناياتهم، يستوي فيها الأول والثاني؛ لأن القسمة في دفع العين هكذا، فكذلك قيمة المدبر، وسواء قبض ما على المولى أو لم يقبض؛ يشتركون فيه فيتضاربون بقدر حقوقهم، وتعتبر قيمة المدبر لكل واحد منهم يوم الجناية عليه لا يوم التدبير.

وَإن كان سبب وجوب الضمان هو المنع؛ وهو التدبير السابق، لكن إنما يصير ذلك سبباً عند وجود شرطه وهو الجناية، فكأنه أنشأ التدبير عندهما.

وبيان هذه الجملة في مسائل: إذا مات المدبر بعد الجناية لم تبطل على المولى القيمة؛ لأن حكم جنايته يلزم مولاه؛ فيستوي فيه بقاء المدبر وهلاكه؛ بخلاف القن إذا جنى ثم هلك أنه يبطل حكم الجناية أصلاً؛ لأن حكم جنايته وجوب الدفع، وبالموت خرج عن احتمال الدفع.

ولو انتقصت قيمته بعد الجناية؛ بأن جنى وقيمته ألف، ثم عمي لم يحط عن المولى شيء، وعليه قيمته تامة؛ لأن نقصانه هلاك جزء منه، ثم هلاك كله لا يسقط عنه شيئاً؛ فكذا هلاك البعض.

ولو قتل إنساناً ثم قتل آخر، لا يلزم المولى إلا قيمة واحدة؛ لما قلنا؛ وكذلك لو جنى جنايات ثم أعتقه المولى لم يلزمه إلاَّ قيمة واحدة؛ لأن سبب وجوب الضمان هو المنع، وأنه متحد، فكان وجود الإعتاق وعدمه بمنزلة واحدة.

ولو قتل إنساناً خطأً ثم قتل آخر خطأً، ثم دفع المولى القيمة إلى ولي القتيل الأول،

---

(١) في أ: الأصل.

فالدفع لا يخلو إما إن كان بقضاء القاضي، أو بغير قضاء القاضي، فإن كان بقضاء القاضي، فلا سبيل لولي القتيل الثاني على المولى؛ لأنه كان مجبوراً على الدفع، والمجبور معذورٌ، وله أن يتبع ولي القتيل الأول بنصف القيمة؛ لأنه قبض نصف القيمة بغير حق، وإن كانت الجنايتان مختلفتين؛ بأن كانت إحداهما نفساً والأخرى ما دون النفس، فالثاني يتبع الأول بقدر حصته من القيمة.

وإن كان الدفع بغير قضاء القاضي، فولي القتيل الثاني بالخيار: إن شاء ضمن المولى نصف القيمة، وإن شاء ضمن ولي القتيل الأول؛ لوجود سبب وجوب الضمان من كل واحد منهما؛ لأن المولى متعد في دفع العبد، والقابض متعد في قبضه، فإن ضمن المولى فإنه يرجع على القابض، وإن ضمن القابض لا يرجع على المولى.

ولو قتل إنساناً خطأً فدفع القيمة إلى ولي القتيل، ثم قتل آخر خطأً، فهذا والأول سواء في قول أبي حنيفة ـ عليه الرحمة ـ، والأمر فيه على التفصيل الذي ذكرنا، وعندهما لولي القتيل الثاني أن يضمن المولى، وله أن يضمن ولي القتيل الأول، سواء كان الدفع بقضاء أو بغير قضاء، فهما فرَّقا بين الفصلين، وأبو حنيفة ـ عليه الرحمة ـ جمع بينهما.

وجه الفرق لهما أن المولى ههنا ليس بمتعد في حق ولي القتيل الثاني؛ لأن الجناية الثانية كانت منعدمة وقت الدفع، فلا سبيل إلى تضمينه، وفي الفصل الأول كانت الجنايتان موجودتين وقت الدفع، فكان الدفع منه إلى الأول تعدياً، فيضمن.

وَجْهُ قول أبي حنيفة ـ رحمه الله ـ ما ذكرنا أن سبب وجوب الضمان على المولى هو المنع، والمنع منع واحد في حق الأول والثاني جميعاً، فصار كأن الجنايات كلها موجودة وقت الدفع، فيصير المولى متعدياً في الدفع، فكان له تضمينه بخلاف ما إذا كان الدفع بقضاء؛ لأن قضاء القاضي صيره مجبوراً في الدفع، هذا إذا كانت قيمته وقت الجنايتين على السواء، فأما إذا كانت مختلفة؛ بأن قتل رجلاً وقيمته ألف، ثم ازدادت قيمته، فصارت ألفين، ثم قتل آخر، يضمن المولى لولي القتيل الثاني ألفاً آخر، ولا حق لولي القتيل الأول في الزيادة؛ لأنها [لو][1] لم تكن موجودة وقت الجناية على الأول، فيسلم الزيادة إلى الثاني، ويقسم تلك القيمة وهي الألف بين أولياء الأول، والثاني يتضاربون فيها، فيضرب الأول فيها بعشرة آلاف، والثاني بتسعة آلاف؛ لأنه قد وصل إليه ألف من عشرة آلاف، فكانت قسمة تلك الألف على تسعة عشر سهماً، عشرة أسهم للأول وتسعة أسهم للثاني، ولو كانت قيمته وقت قتل الأول ألفين ووقت قتل الثاني ألفاً، لا يضمن المولى شيئاً، والألف تكون لولي القتيل الأول سالماً،

---

(١) سقط في ط.

والألف للآخر تقسم بينهما على تسعة عشر سهماً: عشرة أسهم لولي القتيل الثاني، وتسعة أسهم لولي القتيل الأول، ولو قتل إنساناً وقيمته ألف، ثم ازدادت قيمته وصارت ألفاً/ وخمسمائة، ثم قتل آخر، فزيادة الخمسمائة سالمة لولي القتيل الثاني، لا حق فيها لولي القتيل الأول؛ لأنها لم تكن موجودة وقت الجناية الأولى، والألف تكون بين ولي القتيلين يتضاربون فيها، فيضرب ولي القتيل الأول بتمام الدية عشرة آلاف، والثاني بتسعة آلاف وخمسمائة، لأنه وصل إليه خمسمائة من عشرة آلاف، فكانت قسمة الألف بينهما على تسعة وثلاثين سهماً؛ لأنا نجعل كل خمسمائة سهماً، تسعة عشر لولي القتيل الثاني، وعشرين لولي القتيل الأول. والله تعالى أعلم.

٣/ ١٣٥أ

وأما صفة الواجب بهذه الجناية، فهي أنها تجب في مال المولى حالاً؛ لأنه ضمان المنع من الدفع من غير اختيار الفداء وأنه يوجب القيمة في مال المولى حالاً؛ كما لو دبر العبد الجاني وهو لا يعلم بالجناية، وهذا لأن ضمان المنع كالخلف عن ضمان الدفع، والدفع يجب من[1] ماله حالاً؛ كذلك ههنا، والله الموفق للصواب.

وإن كان القاتل أم ولد، فأم الولد في جميع ما وصفنا والمدبر سواءٌ، لأن الواجب في جنايتهما ضمان المنع أيضاً؛ إلا أن جهة المنع تختلف، فالمنع في أم الولد بالاستيلاد، وفي المدبر بالتدبير، لذلك اسْتَوَيَا في حكم الجناية، والله أعلم.

وإن كان القاتل مكاتباً فقتل أجنبيًّا خطأً، فجنايته على نفسه إذا ظهرت لا على مولاه، فيقع الكلام فيما تظهر به جنايته، وفي بيان أصل الواجب ومن عليه، وفي بيان كيفية الوجوب، وفي بيان مقدار الواجب وفي بين صفته.

أما الأول فجنايته تظهر بما تظهر به جناية القن والمدبر وأم الولد، وتظهر أيضاً بإقراره بالجناية؛ بخلاف جنايتهم؛ لأن ذلك إقرار على المولى، فلم يصح أصلاً، وإقرار المكاتب على نفسه؛ لأنه أحق بكسبه من المولى، فيجوز إقراره؛ وكذا يجوز صلحه من الجناية على مال؛ لأنه صالح عن حق ثابت له ظاهراً، ولو أقر وصالح ثم عجز، فحكمه نذكره بعد هذا إن شاء الله تعالى.

وأَمَّا أصل الواجب بجنايته ومن عليه الواجب، فالواجب هو قيمة نفسه عليه لا على مولاه؛ لأن كسب المكاتب لنفسه لا لمولاه، فكان موجب جنايته عليه لا على مولاه؛ ليكون الخراج بالضمان؛ بخلاف القن والمدبر وأم الولد، لأن امتناع الدفع حصل بشيء من قبله؛ وهو قبول الكتابة، فكانت قيمته عليه؛ بخلاف القن والمدبر وأم الولد.

---

(١) في أ: في.

وأما كيفية الوجوب فقد اختلف أصحابنا فيه، قال علماؤنا الثلاثة: إن قيمته تصير ديناً في ذمته على طريق القطع والبتات، وفائدة هذا الاختلاف تظهر فيما إذا جنى ثم عجز عقيب الجناية، بلا فصل؛ أنه يخاطب المولى بالدفع أو الفداء عندنا، وعنده يباع ويدفع ثمنه إلى أولياء القتيل.

وكذلك إذا جنى ثم جنى جناية أخرى عقيب الأولى، بلا فصل، لا يجب عليه إلا قيمة واحدة عندنا، وعنده يجب عليه قيمة أخرى عقيب الأولى، ولا خلاف في أنه إذا جنى جناية وقضى القاضي عليه بالقيمة، ثم جنى جناية أخرى، أنه تجب عليه قيمة أخرى. ووجه الفرق لأصحابنا الثلاثة ـ رحمهم الله ـ أن القاضي لما قضى بالقيمة في الجناية الأولى؛ فقد صارت القيمة ديناً في ذمته حتماً من غير ترددٍ، والجنايةُ الثانية صادفت رقبة فارغة، فتقضى بقيمة أخرى، وأما قبل القضاء فالرقبة مشغولة بالأولى، والمشغول لا يشغل.

وجه قول زفر ـ رحمه الله ـ أن الموجب للقيمة على المكاتب هو امتناع الدفع لحق ثبت [على المكاتب][1] بعقد الكتابة؛ لأن امتناع الدفع إذا كان لحقه، كانت القيمة عليه؛ إذ لا خراج مع الضمان، وهذا المعنى لا يوجب التوقف على قضاء القاضي.

ولنا: أن الحكم الأصلي في جناية العبد هو وجوب الدفع، وامتناعه ههنا لعارض لم يقع اليأس عن زواله، وهو الكتابة لاحتمال العجز؛ لأنه ربما يعجز فيرد في الرق، فيتبين أن الجناية صدرت من القن، فلا يمكن قطع القول بصيرورة قيمته ديناً في ذمته، إلاَّ من حيث الظاهر، والأمر في الحقيقة على التوقف، وإنما يرتفع التوقف بإحدى معان: إما بأداء القيمة إلى ولي القتيل؛ لأن الأداء كان واجباً عليه، فإذا أدى فقد وصل الحق إلى المستحق، فلا يسترد منه أو بالعتق، إما بأداء بدل الكتابة، وإما بالإعتاق المبتدأ وبالموت عن وفاء أو ولد؛ لأنه يعتق في آخر جزء من أجزاء حياته، وإذا عتق يتقرر حقه في كسبه، ويقع اليأس عن الدفع فتقرر القيمة.

وإذا ترك ولداً ولم يترك وفاء فعقد الكتابة يبقى ببقاء الولد، فيسعى على نجوم أبيه، فيؤدي، فيعتق ويعتق أبوه، ويستند عتقه إلى آخره جزء من أجزاء حياته، أو بقضاء القاضي بالقيمة؛ لأنها كانت واجبة، وتقرر الوجوب باتصال القضاء به أو بالصلح على القيمة؛ لأن الصلح بمنزلة القضاء.

هذا إذا ظهرت جنايته[2] بالمعاينة أو بالبينة، فأما إذا ظهرت بإقراره، فإن/ كان قد أدى القيمة ثم عجز لم يبطل إقراره، ولا يسترد القيمة؛ لأنه وصل الحق إلى المستحق، فلا يسترد. ٣/ ٣٥ب

---

(١) في ط: للمكاتب.

(٢) في ط: جناية.

وكذا إذا لم يؤد ولكنه عتق بأداء بدل الكتابة، أو بإعتاق مبتدأ، أو بموت المكاتب عن وفاء، أو ولد لما قلنا.

ولو لم يعتق ولكنه عجز، فإن كان عجزه قبل قضاء القاضي عليه بالقيمة، فإقراره باطلٌ في حق المولى بلا خلافٍ حتى لا يؤخذ به للحال، ولكن يتبع به بعد العتاق؛ لأنه لما عجز قبل القضاء فقد انفسخ العقد من الأصل، وعاد قنًّا كما كان، فتبين أنه أقر على مولاه، وإقرار العبد على المولى باطلٌ، إلا أنه يتبع بعد العتاق؛ لأن إقراره في حق نفسه صحيحٌ، وإن كان بعد ما قضى القاضي عليه بالقيمة بطل إقراره في حق المولى، ولا يؤخذ به للحال عند أبي حنيفة - عليه الرحمة - ويتبع بعد العتاق، وعندهما لا يبطل إقراره في حق المولى، ويؤخذ به للحال ويباع.

وجه قولهما أن القيمة قد وجبت عليه بإقراره من حيث الظاهر؛ لصحة إقراره ظاهراً أو بقضاء القاضي تقرر الوجوب، فلا يحتمل البطلان بالعجز؛ كما لو أقر بدين لإنسان ثم عجز.

ولأبي حنيفة - رحمه الله - أن صحة إقراره من حيث الظاهر لم تكن لمكان الكتابة؛ لأن الداخل تحت الكتابة ما كان من التجارة، والإقرار بالجناية ليس من التجارة، وإنما كانت لكونه أحق بكسبه من المولى، فإذا عجز فقد صار المولى أحق بإكسابه، فبطل إقراره.

ولو كان مكان الإقرار صلح؛ بأن جنى المكاتب جناية خطأ، فصالح منها على مال، جاز صلحه على ما ذكرنا، ثم إن كان [قد][1] أدى بدل الصلح إلى ولي الجناية، أو كان لم يؤد لكنه عتق بأي طريق كان، فقد تقرر الصلح ولا يبطل، وإن كان لم يؤد بدل الصلح ولا عتق حتى عجز، بطل المال عنه في قول أبي حنيفة - رضي الله عنه - ويخاطب المولى بالدفع أو الفداء، وعندهما لا يبطل ويصير ديناً عليه، وعلى هذا الخلاف إذا قتل المكاتب إنساناً عمداً، ثم صالح من دم العمد على مال، ثم عجز قبل أداء بدل الصلح، أنه يبطل الصلح، ولا يؤخذ للحال عند أبي حنيفة، وعندهما لا يبطل ويؤخذ للحال.

ولو كان ولي القتيل اثنين، فصالح المكاتب أحدهما دون الآخر، سقط القصاص عنه، وعليه أن يؤدي إلى من صالحه ما صالح عليه، وينقلب نصيب الآخر مالاً فيغرم المكاتب له الأقل من نصف قيمته ومن نصف الدية؛ لأن الواجب عليه في كل الجناية الأقل من قيمته ومن الدية، فالواجب في نصفها الأقل من نصف قيمته، ومن نصف الدية؛ اعتباراً للنصف بالكل، فإن عجز قبل الأداء فنصيب المصالح لا يؤخذ للحال؛ وإنما يؤخذ بعد العتاق.

---

(١) سقط من ط.

وأما نصيب الآخر فيقال للمولى: ادفع نصف العبد؛ أو افد بنصف الدية على قول أبي حنيفة ـ رضي الله عنه ـ: لأن الصلح قد بطل عنده، وعلى قولهما يدفع نصف العبد أو يفدي بنصف الدية، والنصف الآخر يباع في حصة المصالح، أو يقضي عنه المولى، وأما القن إذا قتل رجلاً عمداً، وله وليان فصالح العبد أحدهما، ينقلب نصيب الآخر مالاً، ونصيب المصالح يؤخذ بعد العتاق؛ بلا خلافٍ، وأما غير المصالح فيخاطب المولى بدفع نصف العبد إليه أو الفداء بنصف الدية.

ولو مات المكاتب قبل أن يؤخذ شيء من ذلك ولم يترك شيئاً أصلاً أو لم يترك وفاء بالكتابة، بطلت الجناية؛ لأنه إذا مات عاجزاً فقد مات قنًّا، والقن إذا جنى جناية ثم مات تبطل الجناية أصلاً ورأساً، وما تركه يكون للولي [لأنه][1] إذا مات عبداً كان المتروك مال المولى، فيكون له.

ولو مات المكاتب وترك مالاً وعليه دين وكتابة، يبدأ بدين الأجنبي؛ لأن دين المولى دين ضعيف؛ إذ لا يجب المولى على عبده دين، فكانت البداية بالأقوى أولى.

وحكي عن قتادة ـ رضي الله عنه ـ قال: قلت لابن المسيب: إن شريحاً يقول: الأجنبي والمولى يتحاصان؟ فقال سعيد بن المسيب: أخطأ شريح، وإن كان قاضياً، قضاء زيد بن ثابت أَوْلَى، وكان زيد يقول: يبدأ بدين الأجنبي، فالظاهر أنه كان لا يخفى قضاؤه على الصحابة، ولم يعرف له مخالف، فيكون إجماعاً.

ولو مات المكاتب وترك وفاء بالكتابة وجناية، فالجناية أَوْلَى؛ لأنها أقوى، ولو مات وترك مالاً وعليه دينٌ وكتابة وجناية، فإن كان قضى عليه بالجناية فصاحب الجناية وصاحب الدين سواء؛ لأن الجناية إذا قضى بها صارت ديناً، فهما دينان؛ فلا يكون أحدهما بالبداية به أَوْلَىٰ من صاحبه، وَإِن كان لم يقض عليه بالجناية يبدأ بالدين؛ لأنه متعلق بذمته، ودين الجناية لم يتعلق بذمته بعد، فكان الأول آكد وأقوى، فيبدأ به ويقضي الدين منه، ثم ينظر إلى ما بقي، فإن كان به وفاء بالكتابة، فصاحب الجناية أَوْلَى فيبدأ به، وإن لم يكن به وفاء بالكتابة، فما بقي يكون للمولى؛ لأنه يموت قنًّا على ما بينا/ ، وهذا بخلاف ما قبل الموت أن المكاتب يبدأ بأيِّ الديون شاء، إن شاء بدين الأجنبي، وإن شاء بأرش الجناية، وإن شاء بمال الكتابة؛ لأنه يؤدي من كسبه، والتدبير في إكسابه إليه، فكان له أن يبدأ بأي ديونه شاء. ٣/ ١٣٦أ

وعلى هذا قالوا في المكاتب إذا مات فترك ولداً إن ولده يبدأ من كسبه، أي الديون شاء؛

---

(١) في ط: الدين.

لأنه قام مقام المكاتب، فتدبير كسبه إليه، بخلاف ما إذا مات ولم يترك ولداً؛ لأن الأمر في موته إلى القاضي، فيبدأ بالأولى فالأولى؛ والله سبحانه وتعالى أعلم.

ولو اختلف المولى وولي الجناية في قيمته وقت الجناية، فالقول قول المكاتب في قول أبي يوسف الآخر، وهو قول محمد، وفي قول أبي يوسف الأول ينظر إلى قيمته للحال؛ لأن الحال يصلح حكماً في الماضي، فيحكم.

وَجْهُ قوله الأخير أن ولي الجناية يدعي زيادة الضمان؛ وهو ينكر، فكان القول قوله، والله تعالى الموفق.

وأَمّا قدر الواجب بجنايته، فهو الأقل من قيمته ومن الدية؛ لأن الأرش إن كان أقل، فلا حق لولي الجناية في الزيادة، وإن كانت القيمة أقل فلم يوجد من الكاتب منع الزيادة، فلا تلزمه الزيادة، وَإن كانت قيمته أقل من الدية وجبت قيمته، ولا يخير، وَإن كانت أكثر من الدية أو قدر الدية، ينقص من الدية عشرة دراهم، لأن العبد لا يتقوم في الجناية بأكثر من هذا القدر، سواء كانت الجناية منه أو عليه، وتعتبر قيمته يوم الجناية؛ لأن القيمة كالبدل عن الدفع، والدفع يجب عند الجناية، وكذا المنع بالكتابة السابقة لحق المكاتب إنما يصير سبباً عند وجود الجناية، فيعتبر الحكم وهو وجوب القيمة عند وجود الجناية، والله تعالى أعلم.

وأما صفة الواجب فهي أن يجب عليه حالاً لا على العاقلة مؤجلاً؛ لأن الحكم الأصلي في جناية العبد هو الدفع، وهذا كالخلف عنه، والدفع يجب عليه حالاً لا مؤجلاً؛ فكذا الخلف، والله تعالى أعلم.

هَذَا إذا كان المقتول أجنبيًا، فأما إذا كان مولى القاتل، فالقاتل لا يخلو إما إن كان قنًا، وإما إن كان مدبراً، وإما إن كان أم ولد، وإما إن كان مكاتباً.

فإن كان قنًا فقتل مولاه خطأً، فجنايته هدرٌ؛ لأن المولى لا يجب له على عبده دين وإن قتله عمداً فعليه القصاص لما مر، ولو قتله عمداً وله وليان، فعفا أحدهما حتى سقط القصاص؛ بطلت الجناية، ولا يجب للذي لم يعف شيء في قولهما، وقال أبو يوسف رحمه الله: يُقال للذي عَفَا إما أن تدفع نصف نصيبك، وهو ربع العبد إلى الذي لم يعف، أو تفديه بربع الدية.

وَجْهُ قوله: إن القصاص كان مشتركاً بينهما؛ لكلِّ واحد منهما النصفُ، فإذا عفا أحدهما، فقد سقط نصف القصاص، وانقلب نصيب صاحبه ـ وهو النصف ـ مالاً شائعاً في النصفين، نصفه وهو الربع في نصيبه، ونصفه في نصيب الشريك، فما كان في نصيبه يسقط، وما كان في نصيب الشريك يثبت.

وجه قولهما إن الدية إما أن تجب حقًا للمولى، والوارث يقوم مقامه في استيفاء حق

وجب له، وإما أن تجب حقًّا للورثة بانتقال الملك إليهم بطريق الوراثة، وكيفما كان فالمولى لا يجب له على عبده دين.

وإن كان مدبراً فقتل مولاه خطأ، فجنايته هَدَرٌ، وعليه السعاية في قيمته؛ لأنه لو وجبت الدية لوجبت على المولى؛ لأنه لو جنى على أجنبي لوجبت الدية عليه، فههنا أولى، ولا سبيل إلى الإيجاب له، وعليه، إلا أنه يسعى في قيمة نفسه؛ لأن العتق يثبت بطريق الوصية.

ألا ترى أنه يعتبر من الثلث والوصية لا تسلم للقاتل،إلا أن العتق بعد وقوعه لا يحتمل الفسخ، فوجب عليه قيمة نفسه، ولو قتله عمداً فعليه القصاص، ويسعى في قيمته لما قلنا، وورثته بالخيار: إن شاؤوا عجلوا استيفاء القصاص، وبطلت السعاية، وَإن شاؤوا استوفوا السعاية ثم قتلوه قصاصاً؛ لأنهما حقان ثَبَتَا لهم، واختيار السعاية لا يكون مسقطاً للقصاص؛ لأنَّ السعاية ليست بعوض عن المقتول، بل هي بدل عن الرق.

ولو كان للمولى وليّان عفا أحدهما، ينقلب نصيب الآخر مالاً، بخلاف القن؛ لأن هناك لا يمكن إيجاب الضمان؛ لأنه لو وجب لوجب للمولى على عبده، وليس يجب للمولى على عبده دينٌ، وهَهنا يمكن؛ لأن المدبر يعتق بموت سيده، فيسعى وهو حُرٌّ، فلم يكن في إيجاب الدية عليه إيجاب الدين للمولى على عبده، فهو الفرق.

وإن كان أم ولد فقتلت مولاها خطأ أو عمداً، فحكمها حكم المدبر، وإنما يختلفان في السعاية، فأم الولد لا سعاية عليها، والمدبر يسعى في قيمته؛ لأن العتق هناك يثبت بطريق الوصية وعتق أم الولد ليس بوصية حتى لا يعتبر من الثلث.

وَلو قتلت أم الولد مولاها عمداً وله ابنان من غيرها، فعفا أحدهما، سعت في نصف قيمتها للذي لم يعف؛ لأن القصاص قد سقط بعفو أحدهما وانقلب نصيب الآخر مالاً، وَإنما وجب عليها السعاية في نصف قيمتها لا في نصف الدية، وإن كانت هي حرة وقت وجوب السعاية/ ؛ لأنها عتقت بموت سيدها وتسعى وهي حرة؛ لأنها كانت مملوكة وقت الجناية، فيجب اعتبار الحالين حال وجود الجناية، وحال وجوب السعاية. ٣/ ٣٦ب

ولو كانت مملوكة في الحالين؛ بأن قتلت أجنبيًا خطأ لوجبت القيمة، وكانت على المولى لا عليها، فإن كانت مملوكة حال الجناية، حرة حال السعاية، اعتبرنا بالحالين، فأوجبنا نصف القيمة اعتباراً إلى وجود الجناية، وأوجدنا ذلك عليها لا على المولى؛ اعتباراً بحال وجوب السعاية، اعتباراً للحالين بقدر الإمكان، ولو كان أحد الابنين منها لا يجب القصاص عليها، وسعت في جميع قيمتها.

أما عدم وجوب القصاص؛ فلأنه لو وجب لوجب مشتركاً بينهما، ولا يمكن الإيجاب في نصيب ولدها، إذ لا يجب للولد على أمه قصاص؛ لتعذر الاستيفاء؛ احتراماً للأم.

وأما لزوم السعاية؛ فلأن القصاص سَقَطَ للتعذر، ولا تعذر في القيمة، فتسعى في جميع قيمتها، وتكون بينهما، وَإن كان مكاتباً فقتل مولاه خطأ، فعليه الأقل من قيمته أو الدية؛ لأنه جناية الكاتب على مولاه لازمة؛ كجناية مولاه عليه؛ لأنه فيما يرجع إلى إكسابه وأروش[1] جناياته كالأجنبيِّ؛ لأنه أحق بإكسابه من المولى، وتجب القيمة حالة؛ لأنها تجب بالمنع من الدفع، فتكون حالة كما تجب على المولى بجناية مدبره، وإن كان عمداً فعليه القصاص. والله أعلم.

هَذَا إذا كان القاتل والمقتول حرين، أو كان القاتل حُرًّا والمقتول عبداً، أو كان القاتل عبداً والمقتول حُرًّا، فأما إذا كانا عبدين؛ بأن قتل عبد عبداً خطأ، فالمقتول لا يخلو إما إن كان عبداً لأجنبي، وإما إن كان عبداً لمولى القاتل، فإن كان عبداً لأجنبي بأن كان القاتل قنًّا، يخاطب المولى بالدفع أو الفداء، سواء كان المقتول قنًّا أو مدبراً أو أم ولد أو مكاتباً، وهذا وما إذا كان المقتول حرًّا أجنبيًّا سواء، إلا أن هناك يخاطب المولى بالدفع أو بالفداء بالدية، وههنا يخاطب بالدفع أو الفداء بالقيمة، وَإن كان القاتل مدبراً أو أم ولد، فعلى المولى قيمة الولد والمدبر وأم الولد، سواء كان المقتول قنًّا أو مدبراً أو مكاتباً؛ كما إذا كان المقتول حُرًّا أجنبيًّا، وإن كان القاتل مكاتباً، فعليه قيمة نفسه، سواء كان المقتول قنًّا أو مدبراً أو أم ولد أو مكاتباً؛ كما إذا كان المقتول حرًّا أجنبيًّا.

هَذَا إذا كان المقتول عبداً لأجنبي، فإن كان عبداً لولي القاتل، فجناية القاتل عليه هدر، وإن القاتل قنًّا أو مدبراً أو أم ولد، سواء كان المقتول قنًّا أو مدبراً أو أم ولد أو مكاتباً، وإن كان القاتل مكاتباً فجنايته عليه لازمة، كائناً من كان المقتول؛ لما ذكرنا فيما تقدم، والله تعالى أعلم بالصواب.

هذا إذا قتل عبد عبداً خطأ، فإن قتله[2] عمداً فعليه القصاص، كائناً من كان المقتول، والله جَلَّ شأنه الموفق.

وأما القتل الذي هو في معنى القتل الخطأ فنوعان: نَوعٌ هو في معناه من كل وجهٍ، وهو أن يكون على طريق المباشرة، ونوعٌ هو في معناه من وجه؛ وهو أن يكون من طريق التسبب.

أما الأول فنحو النائم ينقلب على إنسان فيقتله، فهذا القتل في معنى القتل الخطأ من كل وجه؛ لوجوده لا عن قصد؛ لأنه مات بثقله، فترتب عليه أحكامه؛ من وجوب الكفارة، والدية، وحرمان الميراث، والوصية؛ لأنه إذا كان في معناه من كل وجه، كان ورود الشرع بهذه الأحكام هناك وروداً ههنا دلالة؛ وكذلك لو سقط إنسان من سطح على قاعد فقتله.

---

(١) في ط: وأرش.

(٢) في ط: قتل.

أما وجوب الدية، فلوجود معنى الخطأ، وهو عدم القصد، وأما وجوب الكفارة وحرمان الميراث والوصية؛ فلوجود القتل مباشرة؛ لأنه مات بثقله، سواء كان القاعد في طريق العامة أو في ملك نفسه، ولو مات الساقط دون القاعد ينظر: إن كان في ملك نفسه، أو في موضع لا يكون قعوده فيه جناية، لا شيء على القاعد؛ لأنه ليس بمتعد في القعود، فما تولد منه لا يكون مضموناً عليه، ويهدر دم الساقط، وَإن كان في موضع يكون قعوده فيه جناية، فدية الساقط على القاعد تتحملها العاقلة؛ لأنه متعد في القعود، فالمتولد منه يكون مضموناً عليه كما في حفر البئر، ولا كفارة عليه لحصول القتل بطريق التسبيب [حكماً] كما في [حفر][1] البئر، وكذلك إذا كان يمشي في الطريق حاملاً سيفاً أو حجراً أو لبنة أو خشبة، فسقط من يده [على إنسان][2] فقتله؛ لوجود معنى الخطأ فيه، وحصوله على سبيل المباشرة لوصول الآلة. لبشرة المقتول.

ولو كان لابساً سيفاً فسقط على غيره فقتله، أو سقط عنه ثوبه أو رداؤه أو طيلسانه أو عمامته وهو لابسه ـ على إنسان فتعقل به فتلف، فلا ضمان عليه أصلاً؛ لأن في اللبس ضرورة؛ إذ الناس يحتاجون إلى لبس هذه، والتحرز عن السقوط ليس في وسعهم، فكانت البلية فيه عامة، فتعذر التضمين، ولا ضرورة في الحمل والاحتراز عن سقوط المحمول ممكن أيضاً، وإن كان الذي لبسه مما لا يلبس عادة فهو ضامنٌ؛ وكذلك الراكب إذا كان يسير في/ الطريق العامة فوطئت دابته رجلاً بيدها أو برجلها؛ لوجود معنى الخطأ في هذا القتل، وحصوله على سبيل المباشرة، لأن ثقل الراكب على الدابة، والدابة آلة له، فكان القتل الحاصل بثقلها مضافاً إلى الراكب، فكان قتلاً مباشرة.

٣/ ١٣٧أ

وَلَوْ كدمت أو صدمت أو خبطت فهو ضامنٌ، إلا أنه لا كفارة عليه ولا يحرم الميراث والوصية؛ لحصول القتل على سبيل التسبب دون المباشرة، ولا كفارة على السائق والقائد، ولا يحرمان الميراث والوصية؛ لأن فعل السوق والقود يقرب الدابة من القتل، فكان قتلاً تسبيباً لا مباشرة، وهو لا يتعلق بهذه الأحكام؛ بخلاف الراكب؛ لأنه قاتل مباشرة على ما بينا.

والرديف والراكب سواء، وعليهما الكفارة، ويحرمان الميراث والوصية، لأن ثقلهما على الدابة، والدابة آلة لهما، فكانا قاتلين على طريق المباشرة.

ولو نفحت الدابة برجلها أو بذنبها [وهي تسير][3] فلا ضمان في ذلك على راكب ولا سائق ولا قائد، والأصل أن السير والسوق والقود في طريق العامة مأذوناً فيه بشرط سلامة

---

(١) سقط من ط.
(٢) سقط من ط.
(٣) في ط: وهو يسير.

العاقبة، فما لم تسلم عاقبته لم يكن مأذوناً فيه، فالمتولد منه يكون مضموناً، إلا إذا كان مما لا يمكن الاحتراز عنه بسد باب الاستطراق على العامة، ولا سبيل إليه، والوطء، والكدم، والصدم، والخبط في السير، والسوق، والقود مما يمكن الاحتراز عنه بحفظ الدابة وذود الناس، والنفح مما لا يمكن التحرز عنه، وكذا البول والروث واللعاب، فسقط اعتباره والتحق بالعدم.

وقد روي أن النبي ـ عليه الصلاة والسلام ـ قال: **«الرِّجْلُ جُبَارٌ»**[1] أي: نَفْحُهَا؛ ولهذا

---

(١) أخرجه أبو داود (٤/ ٧١٤) كتاب الديات: باب الدابة تنفح برجلها حديث (٤٥٩٢) والدارقطني (٣/ ١٥٢) كتاب الحدود والديات حديث (٢٠٨) والبيهقي (٨/ ٣٤٣) كتاب الأشربة والحد فيها: باب الدابة تنفح برجلها، والطبراني في «الصغير» (١/ ٢٦٢) وأبو نعيم في «أخبار أصبهان» (٢/ ١٥٢) كلهم من طريق سفيان بن حسين عن الزهري عن سعيد بن المسيب عن أبي هريرة قال: قال رسول الله ﷺ: الرجل جبار.
قال الطبراني: لم يروه عن الزهري إلا سفيان بن حسين.
وقال الدارقطني: لم يروه غير سفيان بن حسين وهو وهم لم يتابعه عليه أحد وخالفه الحفاظ عن الزهري: منهم مالك ويونس وسفيان بن عيينة ومعمر وابن جريج والزبيدي وعقيل والليث بن سعد وغيرهم وكلهم رووه عن الزهري: العجماء جبار والبئر جبار والمعدن جبار ولم يذكروا الرجل وهو الصواب.
وكذلك رواه أبو صالح السمان وعبد الرحمن الأعرج ومحمد بن سيرين ومحمد بن زياد وغيرهم عن أبي هريرة ولم يذكروا فيه الرجل جبار وهو المحفوظ عن أبي هريرة.
قال الخطابي في «معالم السنن» (٤/ ٣٩): وقد تكلم الناس في هذا الحديث وقيل إنه غير محفوظ وسفيان بن حسين معروف بسوء الحفظ قال الزيلعي في «نصب الراية» (٤/ ٣٨٧): وقال المنذري في «مختصر السنن» وسفيان بن حسين أبو محمد السلمي الواسطي استشهد به البخاري وأخرج له مسلم في المقدمة ولم يحتج به واحد منهما وفيه مقال. اهـ. وللحديث طريق آخر عن أبي هريرة.
أخرجه الدارقطني (٣/ ١٥٤) كتاب الحدود والديات حديث (٢١٥) من طريق آدم بن أبي إياس عن شعبة عن محمد بن زياد عن أبي هريرة قال قال رسول الله ﷺ: «الدابة جرحها جبار والرجل جبار والبئر جبار والمعدن جبار وفي الركاز الخمس».
قال الدارقطني: تفرد به آدم بن أبي إياس وهو وهم لم يتابعه عليه أحد عن شعبة.
«شرح كلام الحافظ الدارقطني».
من كلام الدارقطني رحمه الله يظهر لنا أن أكثر أصحاب الزهري رووه عنه دون ذكر «الرجل جبار» والتي تفرد به سفيان بن حسين والذي وصفه الخطابي في «معالم السنن» (٤/ ٣٩) بسوء الحفظ، وقال فيه المنذري أن فيه مقال وقد وصف الدارقطني الذين خالفوا سفيان بن حسين بالحفاظ وهم مالك ويونس وسفيان بن عيينة ومعمر وابن جريج والزبيدي وعقيل وليث بن سعد، ولم يكتف بذلك الدارقطني بل أثبت أن أصحاب أبي هريرة أيضاً رووه عن أبي هريرة دون ذكر «الرجل جبار» وسوف نخرج جميع هذه الروايات بألفاظها لإثبات خطأ وضعف رواية سفيان بن حسين عن الزهري وهي «الرجل جبار».
تخريج روايات أصحاب الزهري. =

....

= رواية مالك عن الزهري.
أخرجها مالك (٢/ ٨٦٨ ـ ٨٦٩) كتاب العقول: باب جامع العقل (١٢) ومن طريقه البخاري (٣/ ٣٦٤) كتاب الزكاة: باب في الركاز الخمس حديث (١٤٩٩) ومسلم (٣/ ١٣٣٥) كتاب الحدود: باب جرح العجماء والمعدن والبئر جبار حديث (٤٥/ ١٧١٠) والنسائي (٥/ ٤٥) كتاب الزكاة: باب المعدن، والدارمي (١/ ٣٩٣) كتاب الزكاة: باب في الركاز (٢/ ١٩٦) كتاب الديات: باب العجماء جرحها جبار، والطحاوي في «شرح معاني الآثار» (٣/ ٢٠٣) باب ما أصابت البهائم في الليل والنهار، والبيهقي (٤/ ١٥٥) كتاب الزكاة: باب زكاة الركاز، والبغوي في «شرح السنة» (٣/ ٣٥٢ ـ بتحقيقنا) كلهم من طريق مالك عن الزهري عن سعيد بن المسيب وأبي سلمة بن عبد الرحمن عن أبي هريرة أن رسول الله ﷺ قال: جرح العجماء جبار والبئر جبار والمعدن جبار وفي الركاز الخمس.
رواية سفيان بن عيينة عن الزهري.
أخرجها مسلم (٣/ ١٣٣٥) كتاب الحدود: باب جرح العجماء والمعدن والبئر جبار حديث (٤٥/ ١٧١٠) وأبو داود (٤/ ٧١٥) كتاب الديات: باب العجماء والمعدن والبئر جبار حديث (٤٥٩٣) والترمذي (٣/ ٦٦١) كتاب الأحكام باب العجماء جرحها جبار حديث (١٣٧٧) والنسائي (٥/ ٤٤ ـ ٤٥) كتاب الزكاة: باب المعدن، وابن ماجة (٢/ ٨٩١) كتاب الديات: باب الجبار حديث (٢٦٧٣) وأحمد (٢/ ٢٣٩) والحميدي (٢/ ٤٦٢) رقم (١٠٧٩) وابن الجارود في «المنتقى» رقم (٧٩٥) والدارقطني (٣/ ١٤٩ ـ ١٥٠) كتاب الحدود والديات حديث (٢٠٤) والبيهقي (٤/ ١٥٥) كتاب الزكاة: باب زكاة الركاز، كلهم من طريق سفيان عن الزهري عن سعيد بن المسيب وأبي سلمة بن عبد الرحمن عن أبي هريرة عن رسول الله ﷺ قال: العجماء جرحها جبار والمعدن جبار وفي الركاز الخمس.
وقال الترمذي: حسن صحيح اهـ.
رواية مسلم وأحمد عن أبي سلمة وحده.
ورواية النسائي والترمذي وابن ماجه من طريق سعيد بن المسيب وحده أما باقي الروايات فهي عن سعيد بن المسيب وأبي سلمة معاً.
رواية يونس عن الزهري.
أخرجها مسلم (٣/ ١٣٣٥) كتاب الحدود: باب جرح العجماء والمعدن والبئر جبار حديث (٤٥/ ١٧١٠) والنسائي (٥/ ٤٥) كتاب الزكاة: باب المعدن، والطحاوي في «شرح معاني الآثار» (٣/ ٢٠٤) كتاب الجنايات باب ما أصابت البهائم، كلهم من طريق يونس عن الزهري عن سعيد بن المسيب وعبيد الله بن عبد الله عن أبي هريرة عن رسول الله ﷺ بمثل حديث سفيان بن عيينة.
رواية معمر عن الزهري.
أخرجها عبد الرزاق (١٠/ ٦٦) رقم (١٨٣٧٣) وأحمد (٢/ ٢٥٤، ٢٧٤) والنسائي (٥/ ٤٥) كتاب الزكاة: باب المعدن، كلهم من طريق معمر عن الزهري عن سعيد بن المسيب وأبي سلمة عن أبي هريرة أن رسول الله ﷺ قال: «العجماء جبار والبئر جبار والمعدن جرحه جبار وفي الركاز الخمس».
رواية ابن جريج عن الزهري.
أخرجها عبد الرزاق (١٠/ ٦٥ ـ ٦٦) رقم (١٨٣٧٣) وأحمد (٢/ ٤٩٣) بمثل رواية معمر عن الزهري حيث إن عبد الرزاق قد أخرجه عن معمر وابن جريج عن الزهري عن سعيد بن المسيب وأبي سلمة عن أبي هريرة به. =

سقط اعتبار ما ثار من الغبار من مشى الماشي؛ حتى لو أفسد متاعاً لم يضمن؛ وكذا ما أثارت الدابة بسنابكها من الغبار أو الحصى الصغار، لا ضمان فيه؛ لما قلنا؛ كذا هذا.

وأما الحصى الكبار؛ فيجب الضمان فيها؛ لأنه يمكن التحرز عن إثارتها؛ إذ لايكون ذلك إلا بتعنيف في السوق.

ولو كبح الدابة باللجام؛ فنفحت برجلها أو بذنبها، فهو هَدَرٌ؛ لعموم البلوى به، ولو أوقف الدابة في الطريق فقتلت إنساناً، فإن كان ذلك في غير ملكه كطريق العامة، فهو ضامن لذلك كله، سواء وطئت بيدها أو برجلها، أو كدمت أو صدمت أو خبطت بيدها أو نفحت برجلها، أو بذنبها، أو عطب شيء بروثها أو بولها أو لعابها ـ كل ذلك مضمونٌ عليه، وسواء كان راكباً أو لا؛ لأن روث الدابة في طريق العامة ليس بمأذون فيه شرعاً، إنما المأذون فيه هو

= رواية الليث عن الزهري.
أخرجها البخاري (١٢/ ٢٥٤) كتاب الديات: باب المعدن جبار والبئر جبار حديث (٦٩١٢) ومسلم (٣/ ١٣٣٤) كتاب الحدود: باب جرح العجماء جبار حديث (٤٥/ ١٧١٠) والترمذي (٣/ ٦٦١) كتاب الأحكام باب العجماء جرحها جبار حديث (١٣٧٧). والبيهقي (٨/ ١١٠) كتاب الديات: باب البئر جبار والمعدن جبار، كلهم من طريق الليث عن الزهري عن سعيد بن المسيب وأبي سلمة بن عبد الرحمن عن أبي هريرة أن رسول الله ﷺ قال: «العجماء جرحها جبار والبئر جبار والمعدن جبار وفي الركاز الخمس».
قال الترمذي: حسن صحيح.
رواية الزبيدي عن الزهري.
أخرجها الدارقطني (٣/ ١٥١) كتاب الحدود والديات حديث (٢٠٦) من طريق بقية عن الزبيدي عن الزهري عن سعيد وأبي سلمة عن أبي هريرة به.
رواية زمعة عن الزهري.
أخرجها أبو داود الطيالسي (١/ ١٧٥ ـ منحة) رقم (٨٢٧) ثنا زمعة عن الزهري عن سعيد أو غيره عن أبي هريرة قال: قال رسول الله ﷺ: «الدابة العجماء جرحها جبار والمعدن جبار والبئر جبار وفي الركاز الخمس».
هكذا اتفق أصحاب الزهري على رواية الحديث عنه دون ذكر الرجل جبار.
قال الحافظ في «الفتح» (١٢/ ٢٦٧): وقد اتفق الحفاظ على تغليط سفيان بن حسين حيث روي عن الزهري في حديث الباب «الرجل جبار» بكسر الراء وسكون الجيم وما ذاك إلا أن الزهري مكثر من الحديث والأصحاب فتفرد سفيان عنه بهذا اللفظ فعد منكراً، وقال الشافعي: لا يصح هذا وقال الدارقطني: رواه عن أبي هريرة سعيد بن المسيب وأبو سلمة وعبيد الله بن عبد الله والأعرج وأبو صالح ومحمد بن زياد ومحمد بن سيرين فلم يذكروها وكذلك رواه أصحاب الزهري وهو المعروف اهـ.
وقد تقدم تخريج حديث «العجماء جرحها جبار» في كتاب الزكاة تخريجاً مجملاً عن أبي هريرة وخرجنا له شواهد عن جماعة من الصحابة رضوان الله عليهم.
فتنظر الشواهد هناك.

المرور لا غير؛ إذ الناس يتضررون بالوقوف ولا ضرورة فيه، فكان الوقوف فيه تعدياً من غير ضرورة، فما تولد منه يكون مضموناً عليه، سواء كان مما يمكن التحرز عنه أو لا يمكن، غير أنه إن كان راكباً فعليه الكفارة في الوطء باليد والرجل؛ لكونه قاتلاً من طريق المباشرة، وإن لم يكن راكباً لا كفارة عليه؛ لوجود القتل منه تسبيباً لا مباشرة.

وكذلك لو أوقف دابة على باب المسجد، فهو مثل وقفه في الطريق؛ لأنه متعدٍّ في الوقف، إلا أن يكون الإمام جعل للمسلمين عند باب المسجد موقفاً يقفون فيه دوابهم، فلا ضمان عليه فيما [إذا][1] أصابت في وقوفها؛ لأن للإمام أن يفعل ذلك إذا لم يتضرر الناس به، فلم يكن متعدياً في الوقوف، فأشبه الوقوف في ملك نفسه، إلا إذا كان راكباً فوطئت دابته إنساناً فقتلته؛ لأن ذلك قتل بطريق المباشرة، فيستوي في المواضع كلها.

ألا ترى أنه لو كان في ملكه يضمن؛ وكذلك لو أوقف دابته في موضع أذن الإمام بالوقوف فيه؛ كما في سوق الخيل والبغال؛ لما قلنا.

وكذلك إذا أوقف دابته في الفلاة؛ لأن الوقوف في الفلاة مباحٌ لعدم الإضرار بالناس، فلم يكن متعدياً فيه، وكذلك في الطريق إن كان وقف في المحجة، فالوقوف فيها كالوقوف في سائر الطرق العامة.

ولو كان سائراً في هذه المواضع التي أذن الإمام فيها بالوقوف للناس أو سائقاً أو قائداً، فهو ضامنٌ؛ لأن أثر الإذن في سقوط ضمان الوقف لا في غيره؛ لأن إباحة الوقف فيها استفيد بالإذن؛ لأنه لم يكن ثابتاً قبله، فأما إباحة السير والسوق والقود، فلم يثبت بالإذن من الإمام؛ لأنه كان ثابتاً قبله، فبقي الأمر فيها على ما كان قبل الإذن.

وإن كان الوقف أو السير أو السوق أو القود في ملكه، فلا ضمان عليه في شيء مما ذكر، إلاَّ فيما وطئت دابته بيدها أو برجلها وهو راكب؛ لأن هذه الأفعال تقع تعدياً في الملك، والتسبيب إذا لم يكن تعدياً لا يكون سبباً لوجوب الضمان، فأما الوطء باليد والرجل في حال السير أو الوقوف، فهو قتل مباشرة لا تسبيباً، حتى تجب الكفارة لوجود الضمان على كل، سواء كان في ملكه أو في غير ملكه/ سواءٌ كان الذي لحقته الجناية مأذوناً في الدخول أو غير مأذونٍ [حال][2]، لأن التلف حصل بفعله مباشرة، ومن دخل ملك غيره بغير إذنه لا يباح إتلافه. ٣/٣٧ب

ولو ربط الدابة في غير ملكه، فما دامت تجول في رباطها إذا أصابت شيئاً بيدها أو برجلها، أو راثت أو بالت فعطب به شيء، فذلك كله مضمونٌ عليه؛ لأنه متعد في الوقوف في غير ملكه.

---

(١) سقط من ط. (٢) سقط من ط. (٣) في أ: القتل.

ولو انفتح الرباط وذهبت من ذلك الموضع، فما عطب به شيء فهو هَدَرٌ، لأن معنى التعدي قد زال بزوالها من موضع الوقوف، وَإن أوقفها غير مربوطة، فزالت عن موضعها بعدما أوقفها، ثم جنت على إنسان أو عَطَبَ بها شيءٌ، فهو هَدَرٌ؛ لأنها لما زالت عن موضع الوقف فقد زال التعدي، فكأنها دخلت في هذه المواضع بنفسها وَجَنَتْ.

ولو نفرت الدابة من الرجل أو انفلتت منه، فما أصابت في فورها ذلك فلا ضمان عليه؛ لقوله عليه الصلاة والسلام: «**العَجْمَاءُ جُبَارٌ**»[(١)]، أي: البهيمة جرحها جبارٌ؛ ولأنه لا صنع له في نفارها وانفلاتها، ولا يمكنه الاحتراز عن فعلها، فالمتولد منه لا يكون مضموناً [عليه][(٢)].

وَلَوْ أرسل دابته فما أصابت من فورها ضمن؛ لأن سيرها في فورها مضافٌ إلى إرسالها، فكان متعدياً في الإرسال، فصار كالدافع لها أو كالسائق، فإن عطفت يميناً وشمالاً ثم أصابت، فإن لم يكن لها طريق إلا ذلك، فذلك مضمون على المرسل؛ لأنها باقية على حكم الإرسال، وَإن كان لها طريق آخر لا يضمن؛ لأنها عطفت باختيارها، فينقطع حكم الإرسال، وصارت كالمنفلتة.

ولو أرسل طيراً فأصاب شيئاً في فوره ذلك، لا يضمن ذلك بالإجماع، ذكره في الزيادات فيمن أرسل بازيًا في الحرم، فأتلف طيبة الحرم؛ أنه لا يضمن؛ لأنه يفعل باختياره، وفعلُهُ جبارٌ.

ولو أغرى به كلباً حتى عقر رجلاً، فلا ضمان عليه في قول أبي حنيفة ـ رضي الله عنه ـ؛ كما لو أرسل طيراً، وعند أبي يوسف ـ رحمه الله ـ يضمن؛ كما لو أرسل البهيمة.

وقال محمد ـ رحمه الله ـ: إن كان سائقاً له أو قائداً يضمن، وَإن لم يكن سائقاً له ولا قائداً لا يضمن، وبه أخذ الطحاوي ـ رحمه الله ـ.

وجه قول محمد إن العقر فعل الكلب باختياره، فالأصل هو الاقتصار عليه، وفعله جبار إلا أنه بالسوق أو القود يصير مغرياً إياه إلى الإتلاف، فيصير سبباً للتلف، فأشبه سوق الدابة وقودها.

وجه قول أبي يوسف أن إغراء الكلب بمنزلة إرسال البهيمة، فالمصاب على فور الإرسال مضمون على المرسل؛ فكذا هذا.

ولأبي حنيفة ـ رضي الله عنه ـ: أن الكلب يعقر باختياره، والإغراء للتحريض، وفعله جبار، ولو دخل رجلٌ دار غيره فعقره كلبه، لا يضمن، سواء دخل داره بإذنه أو بغير إذنه؛ لأن

---

(١) تقدم.

(٢) سقط من ط.

فعل الكلب جُبَارٌ، ولم يوجد من صاحبه التسبيب إلى العقر؛ إذ لم يوجد منه إلا الإمساك في البيت، وأنه مباح، قال الله ـ تبارك وتعالى ـ وهو أصدق القائلين ﴿مُكَلِّبِينَ تُعَلِّمُونَهُنَّ مِمَّا عَلَّمَكُمُ الله، فَكُلُوا مِمَّا أَمْسَكْنَ عَلَيْكُمْ﴾ [المائدة: ٤].

ولو ألقى حية أو عقرباً في الطريق، فلدغت إنساناً، فضمانه على الملقي؛ لأنه متعدٍّ في الإلقاء، إلا إذا عدلت عن ذلك الموضع إلى موضع آخر، فلا يضمن؛ لارتفاع التعدي بالعدول.

إذا اصْطَدَمَ فارسان فماتا، فديةُ كُلِّ واحدٍ منهما على عاقلة الآخر، في قول أصحابنا الثلاثة ـ رحمهم الله ـ.

وعند زفر ـ رحمه الله ـ على عاقلة كل واحد منهما نصف دية الآخر، وهو قول الشافعي ـ رحمه الله ـ.

وَجْهُ قول زفر أن كل واحد منهما مات بفعلين، فعل نفسه وفعل صاحبه، وهو صدمة صاحبه وصدمة نفسه، فيهدر ما حصل بفعل نفسه، ويعتبر ما حصل بفعل صاحبه، فيلزم أن يكون على عاقلة كل واحد منهما نصف دية الآخر؛ كما لو جرح نفسه وجرحه أجنبي، فمات؛ أن على الأجنبي نصف الدية؛ لما قلنا؛ كذا هذا.

ولنا ما روي عن سيدنا علي ـ رضي الله عنه ـ أنه قال مثل مذهبنا، ولأن كل واحد منهما مات من صدم صاحبه إياه؛ فيضمن صاحبه؛ كمن بنى حائطاً في الطريق فصدم رجلاً فمات؛ أن الدية على صاحب الحائط؛ كذا هذا.

وبه تبين أن صدمة لنفسه مع صدم صاحبه إياه [فيه] غير معتبرٍ، إذ لو اعتبر لما لزم باني الحائط على الطريق جميع الدية؛ لأن الرجل قد مشى إليه وصدمه؛ وكذلك حافر البئر يلزمه جميع الدية، وَإن كان الماشي قد مشى إليها.

رجلان مَدا حبلاً حتى انقطع، فسقط كل واحد منهما، فإن سقطَا على ظهرهما فماتا، فلا ضمان فيه أصلاً؛ لأن كل واحد منهما لم يمت من فعل صاحبه؛ إذ لو مات من فعل صاحبه لخر على وجهه، فلما سقط على قفاه علم أنه سقط بفعل نفسه وهو مده، فقد مات كل واحد منهما من فعل نفسه، فلا ضمان على أحد، وَإن سَقَطَا على وجهيهما فماتا، فدية كل واحد منهما على عاقلة الآخر؛ لأنه لما خر على وجهه علم أنه مات من جذبه، وَإن سقط أحدهما على ظهره والآخر على وجهه فماتا جميعاً، فدية الذي سقط على وجهه على عاقلة الآخر؛ لأنه مات بفعله وهو جذبه، ودية الذي سقط على ظهره هَدَرٌ؛ لأنه مات من فعل نفسه. وَلَوْ قطع قاطع الحبل فسقطا/ جميعاً فماتا، فالضمان على القاطع؛ لأنه تسبب في اتلافهما، والإتلاف تسبيباً يوجب الضمان؛ كحفر البئر ونحو ذلك.

١٣٨/٣

صبيٌ في يد أبيه جذبه رجلٌ من يده، والأب يمسكه حتى مات، فديته على الذي جذبه، ويرثه أبوه؛ لأن الأب محق في الإمساك، والجاذب متعد في الجذب، فالضمان عليه.

ولو تجاذب رجلان صبيًا وأحدهما يدعي أنه ابنه، والآخر يدعي أنه عبده فمات من جذبهما، فعلى الذي يدعي أنه عبده ديته؛ لأنه متعد في الجذب؛ لأن المتنازعين في الصبي إذا زعم أحدهما أنه أبوه فهو أوْلَى به من الذي يدعي أنه عبده فكان إمساكه بحق، وجذب الآخر بغير حق فيضمن.

رجل في يده ثوب تشبث به رجل، فجذبه صاحب الثوب من يده، فخرق الثوب ضمن الممسك نصف الخرق؛ لأن حق صاحب الثوب في دفع الممسك وعليه دفعه بغير جذب، فإذا جذب فقد حصل التلف من فعلهما، فانقسم الضمان بينهما.

رَجُلٌ عض ذراع رجل فجذب المعضوض ذراعه من فيه، فسقطت أسنان العاض، وذهب لحم ذراع هذا، تهدر دية الإسنان، ويضمن العاض أرش الذراع؛ لأن العاض متعد في العض، والجاذب غير متعد في الجذب؛ لأن العض ضرر، وله أن يدفع الضرر عن نفسه.

رَجُلٌ جلس إلى جنب رجل، فجلس على ثوبه وهو لا يعلم، فقام صاحب الثوب فانشق ثوبه من جلوس هذا عليه، يضمن الجالس نصف ذلك؛ لأن التلف حصل من الجلوس والجذب، والجالس متعد في الجلوس، إذ لم يكن له أن يجلس عليه، فكان التلف حاصلاً من فعليهما، فينقسم الضمان عليهما.

رجلٌ أخذ بيد إنسان فصافحه فجذب يده من يده، فانقلب فمات، فلا شيء عليه؛ لأن الآخذ غير متعد في الأخذ للمصافحة، بل هو مقيم سنة، وإنما الجاذب هو الذي تعدى على نفسه؛ حيث جذب يده لا لدفع ضرر لحقه من الآخذ.

وإن كان أخذ يده ليعصرها، فآذاه فَجَرَّ يَدَهُ، ضمن الآخذ ديته؛ لأنه هو المتعدي، وَإنما صاحب اليد دفع الضرر عن نفسه بالجر[1]، وله ذلك، فكان الضمان على المتعدي، فإن انكسرت يد الممسك وهو الآخذ بالجذب لم يضمن الجاذب؛ لأن التعدي من الممسك، فكان جانياً على نفسه، فلا ضمان على غيره، والله سبحانه وتعالى أعلم.

وَأَمَّا الثاني: فنحو جناية الحافر وَمَنْ في معناه ممن يحدث شيئاً في الطريق أو المسجد، وجناية السائق والقائد وجناية الناخس وجناية الحائط.

(١) في أ: بالمد.

أما جناية الحافر، فالحفر لا يخلو إما إن كان في غير الملك أصلاً، وإما إن كان في الملك، فإن كان في غير الملك، ينظر إن كان في غير الطريق بأن كان في المفازة لا ضمان على الحافر؛ لأن الحفر ليس بقتل حقيقة، بل هو تسبيب إلى القتل إلا التسبيب قد يلحق بالقتل إذا كان المسبب متعدياً في التسبيب، والمتسبب ههنا ليس بمتعد؛ لأن الحفر في المفازة مباحٌ مطلق، فلا يلحق به، فانعدم القتل حقيقة وتقديراً، فلا يجب الضمان.

وَإن كان في طريق المسلمين فَوَقَعَ فيها إنسان فمات، فلا يخلو إما إن مات بسبب الوقوع، وإما إن مات غمًّا أو جوعاً، فإن مات بسبب الوقوع، فالحافر لا يخلو إما إن كان حرًّا، وإما إن كان عبداً، فإن كان حُرًّا يضمن الدية؛ لأن حفر البئر على قارعة الطريق سبب لوقوع المار فيها. إذا لم يعلم، وهو متعد في هذا التسبيب، فيضمن الدية، وتتحمل عنه العاقلة؛ لأن التحمل في القتل الخطأ المطلق للتخفيف على القاتل ـ نظراً له، والقتل بهذه الطريق دون القتل الخطأ، فكانت الحاجة إلى التخفيف أبلغ، ولا كفارة عليه؛ لأن وجوبها متعلق بالقتل مباشرة، والحفر ليس بقتل أصلاً حقيقة، إلا أنه ألحق بالقتل في حق وجوب الدية، فبقي في حق وجوب الكفارة على الأصل، ولأن الكفارة في الخطأ المطلق إنما وجبت شكراً لنعمة الحياة بالسلامة عند وجود سبب فوت السلامة؛ وذلك بالقتل، فإذا لم يوجد لم يجب الشكر؛ وكذا لا يحرم الميراث إن كان وارثاً للمجني عليه، ولا الوصية إن كان أجنبيًّا؛ لأن حرمان الميراث والوصية حكم متعلقٌ بالقتل؛ قال النبي ـ عليه الصلاة والسلام ـ: **«لاَ مِيرَاثَ لِقَاتِلٍ»**[1]، وقال ـ عليه الصلاة والسلام: **«لاَ وَصِيَّةَ لِقَاتِلٍ»**[2] ولم يوجد القتل حقيقةً، وإن مات غَمًّا أو جوعاً، فقد اختلف أصحابنا فيه، قال أبو حنيفة ـ رضي الله عنه ـ: لا يضمن.

وقال محمد: يضمن.

وقال أبو يوسف ـ رحمه الله ـ: إن مات غمًّا يضمن، وَإن مات جوعاً لا يضمن.

وجه قول محمد ـ رحمه الله ـ أن الضمان عند الموت بسبب السقوط إنما وجب لكون الحفر تسبيباً إلى الهلاك، ومعنى التسبيب موجود ههنا؛ لأن الوقوع سبب الغم والجوع؛ لأن البئر يأخذ نفسه، وَإذا طال مكثه يلحقه الجوع والوقوع بسب الحفر، فكان مضافاً إلى الحفر، كما إذا حبسه في موضع حتى مات وجه قول أبي يوسف أن الغم من آثار الوقوع فكان مضافاً إلى الحفر فأما الجوع فليس من آثاره، فلا يضاف إلى الحفر.

ولأبي حنيفة ـ رحمه الله ـ أنه/ لا صنع للحافر في الغم، ولا في الجوع حقيقة؛ لأنهما يحدثان بخلق الله تعالى، لا صنع للعبد فيهما أصلاً، لا مباشرة ولا تسبيباً. ٣/٣٨ب

(١) تقدم.

(٢) تقدم.

أما المباشرة فلا شك في انتفائها، وأما التسبيب فلأن الحفر ليس بسبب الجوع لا شك فيه؛ لأنه لا ينشأ منه، بل من سبب آخر، والغم ليس من لوازم البئر، فإنها قد تغم وقد لا تغم، فلا يضاف ذلك إلى الحفر، وَإن أصابته جناية فيما دون النفس، فضمانها على الحافر؛ لأنها حصلت بسبب الوقوع، والوقوع بسبب الحفر، ثم إن بلغ القدر الذي تتحمله العاقلة، حمله عليهم، وإلا فيكون في ماله.

وكذا إذا كان الواقع غير بني آدم؛ لأن ضمان المال لا تتحمله العاقلة؛ كما لا تتحمل سائر الديون، ثم إن جنايات الحفر وَإن كثرت من الحر يجب عليه لكل جناية أرشها، ولا يسقط شيء من ذلك بشيء منه، ولا يشرك المجني عليهم فيما يجب لكل واحد منهم؛ لأنه بالحفر جنى على كل واحد منهم بحياله، فيؤخذ بكل واحدة من الجنايات بحيالها، هذا هو الأصل، وَإن كان الحافر عبداً، فإن كان الحافر عبداً، فإن كان قنًا فجنايته بالحفر بمنزلة جنايته بيده وقد ذكرنا حكم ذلك فيما تقدم، وهو أن يخاطب المولى بالدفع أو الفداء، قلَّت جنايته أو كثرت، غير أنه كان المجني عليه واحداً يدفع إليه أو يفدي، وإن كانوا جماعة يدفع إليهم أو يفدي بجميع الأروش؛ لأن جنايات القن في رقبته، يقال للمولى: ادفع أو افد، والرقبة تتضايق عن الحقوق، فيتضاربون في الرقبة، والواجب بجناية الحر يتعلق بذمة العاقلة، والذمة لا تتضايق عن الحقوق، فإن وقع فيها واحد فمات فدفعه المولى إلى ولي جنايته، ثم وقع آخر، يشارك الأول في الرقبة المدفوعة؛ وكذلك الثالث والرابع، فكلُّ ما يحدث من جناية بعد الدفع، فإنهم يشاركون المدفوع إليه الأول في رقبة العبد، وكل واحد منهم يضرب بقدر جنايته؛ لأن المولى بالدفع إلى الأول خرج عن عهدة الجناية؛ لأنه فعل ما وجب عليه، فخرج عن عهدة الواجب، ثم الجناية في حق الثاني والثالث حصلت بسبب الحفر أيضاً، والحكم فيها وجوب الدفع، فكان الدفع إلى الأول دفعاً إلى الثاني والثالث؛ لاستواء الكل في سبب الوجوب؛ كأنه دفعه إلى الأول دفعة واحده.

وَلَوْ حفرها ثم أعتقه المولى بعد الحفر قبل الوقوع، ثم لحقت الجنايات، فذلك على المولى في قيمته يوم عتق يشترك فيها أصحاب الجنايات التي كانت قبل العتق وبعده، يضرب في ذلك كل واحد بقدر أرش الجناية؛ لأن جناية القن وَإن كثرت فالواجب فيها الدفع والولي بالإعتاق فوت الدفع من غير اختيار الفداء، فتعتبر قيمته وقت الإعتاق؛ لأن فوات الدفع حصل بالإعتاق، فتعتبر قيمته يوم الإعتاق؛ بخلاف المدبر أنه لا تعتبر قيمته يوم التدبير، بل يوم الجناية.

وَإن كان فوات الدفع بالتدبير لكن التدبير إنما يصير سبباً عند وجود شرطه، وهو الجناية، فتعتبر قيمته حينئذٍ على ما بينا فيما تقدم.

وَإن كان الحافر مدبراً أو أم ولد، فعلى المولى قيمة واحدة، قَلَّتِ الجناية أو كثرت، وتعتبر قيمته يوم الجناية وهو يوم الحفر، ولا تعتبر زيادة القيمة ونقصانها؛ لأنه صار جانياً بسبب الحفر عند الوقوع، فتعتبر قيمته وقت الجناية كما إذا جنى بيده، وإن كان مكاتباً فجنايته على نفسه لا على مولاه؛ كما إذا جنى بيده وتعتبر قيمته يوم الحفر؛ لما بينا.

ولو حفر بئراً في الطريق، فجاء إنسان ودفع إنساناً وألقاه فيها، فالضمان على الدافع لا على الحافر؛ لأن الدافع قاتل مباشرة، ولو وضع رجل حجراً في قعر البئر، فسقط إنسان فيها، لا ضمان على الحافر مع الواضع ههنا؛ كالدافع مع الحافر، ولو جاء رجل فحفر من أسفلها ثم وقع فيها إنسان، فالضمان على الأول؛ كذا ذكر الكرخي ـ رحمه الله ـ.

وذكر محمد ـ رحمه الله ـ الكتاب: ينبغي في القياس أن يضمن الأول، ثم قال: وبه نأخذ، ولم يذكر الاستحسان.

وذكر القاضي في «شرحه مختصر الطحاوي» ـ رحمه الله ـ في الاستحسان الضمان عليهما؛ لاشتراكهما في الجناية، وهي الحفر، فيشتركان في الضمان.

وجه القياس أن سبب الوقوع حصل من الأول، وهو الحفر بإزالة المسكة، والحفر من الثاني بمنزلة نصب السكين أو وضع الحجر في قعر البئر، فكان الأول كالدافع، فكان الضمان عليه، ولو حفر رجل بئراً فجاء إنسان ووسع رأسها فوقع فيها إنسان، فالضمان عليهما نصفان؛ هكذا أطلق في «الكتاب» ولم يفصل.

وقيل: جواب الكتاب محمولٌ على ما إذا وسع قليلاً، بحيث يقع رجل في حفرهما؛ فأما إذا وسع كثيراً بحيث يقع قدمه في حفر الثاني، فالضمان على الثاني لا على الأول؛ لأن التوسع إذا كان قليلاً بحيث يقع قدمه في حفرهما، كان الوقوع بسبب وجد منهما، وهو حفرهما، فكان الضمان عليهما، وإذا كان كثيراً كان الوقوع بسبب وجد من الثاني، فكان الضمان عليه.

ولو حفر بئراً ثم كبسها، فجاء رجل وأخرج ما/ كبس فوقع فيها إنسان، فالكبسُ لا يخلو إما إن كان بالتراب والحجارة، وَإما إن كان بالحنطة والشعير، فإن كان بالأول فالضمان على الثاني، وإن كان بالثاني فالضمان على الأول؛ لأن الكبس بالتراب والحجارة يعد طماً للبئر وإلحاقاً له بالعدم، فكان إخراج ذلك منها بمنزلة إخراج بئرٍ أخرى. ٣/ ١٣٩أ

فأما الحنطة والشعير ونحوهما، فلا يعد ذلك طماً، بل يعد شغلاً لها؛ ألا يرى أنه بقي أثر الحفر بعد الكبس بالحنطة والشعير، ولا يبقى أثره بعد الكبس بالتراب والحجارة، ولو حفر بئراً وسد الحافر رأسها، ثم جاء إنسان فنقضه فوقع فيها إنسان، فالضمان على الحافر، لأن أثر

الحفر لم ينعدم بالسد، لكن السد صار مانعاً من الوقوع والفاتح بالفتح أزال المانع، وزوال المانع شرط للوقوع، والحكم يضاف إلى السبب لا إلى الشرط.

ولو وضع رجل حجراً في الطريق؛ فتعثر عليه رجل، فوقع في بئر حفرها آخر، فالضمان على واضع الحجر؛ لأن الوقوع بسبب التعثر، والتعثر بسبب وضع الحجر، والوضع تعد منه، فكان التلف مضافاً إلى وضع الحجر، فكان الضمان على واضعه، وَإن كان لم يضعه أحد، ولكنه حمل السيل، فالضمان على الحافر؛ لأنه لا يمكن أن يضاف إلى الحجر؛ لعدم التعدي منه، فيضاف إلى الحافر؛ لكونه متعدياً في الحفر.

ولو اختلف الحافر وورثة الميت، فقال الحافر: هو ألقى نفسه فيها متعمداً، وقال الورثة: بل وقع فيها، فالقولُ قولُ الحافر في قول أبي يوسف الآخر، وهو قول محمد، وفي قول أبي يوسف الأول: القولُ قولُ الورثة.

وَجْهُ قوله الأول أن الظاهر شاهد للورثة؛ لأن العاقل لا يلقي نفسه في البئر عمداً، والقول قول من يشهد له الظاهر.

وجه قوله الآخر أن حاصل الاختلاف يرجع إلى وجوب الضمان، فالورثة يدعون على الحافر الضمان وهو ينكر، والقول قول المنكر مع يمينه، وما ذكر من الظاهر معارض بظاهر آخر؛ وهو أن الظاهر أن المار على الطريق الذي يمشي فيه يرى البئر، فتعارض الظاهران، فبقي الضمان على أصل العدم.

ولو حفر بئراً في الطريق فوقع رجل فيها، فتعلق آخر وتعلق الثاني بثالث، فوقعوا فماتوا، فهذا في الأصل لا يخلو من أحد وجهين: إما إن علم حال موتهم؛ بأن خرجوا أحياء فأخبروا عن حالهم، وإما إن لم يعلم، فإن علم ذلك فأما موت الأول فلا يخلو من سبعة أوجه: إما إن علم أنه مات بوقوعه في البئر خاصة. وَإما إن علم أنه مات بوقوع الثاني عليه خاصة، وإما إن علم أنه مات بوقوع الثالث عليه خاصة، وَإما إن علم أنه مات بوقوع الثاني والثالث عليه. وإما إن علم أنه مات بوقوعه في البئر ووقوع الثاني عليه، وإما إن علم أنه مات بوقوعه في البئر ووقوع الثالث عليه، وإما أن علم أنه مات بوقوعه في البئر ووقوع الثاني والثالث عليه، فإن علم أنه مات بوقوعه في البئر خاصة، فالضمان على الحافر؛ لأن الحافر هو القاتل تسبيباً، وهو متعد فيه، فكان الضمان عليه؛ فإن علم أنه مات بوقوع الثاني عليه خاصة، فدمه هَدَرٌ؛ لأنه هو الذي قتل نفسه حيث جره على نفسه، وجناية الإنسان على نفسه هَدَرٌ، وَإن علم أنه مات بوقوع الثالث عليه خاصة، فالضمان على الثاني؛ لأن الثاني هو الذي جر الثالث على الأول حتى أوقعه عليه.

وَإن علم أنه مات بوقوع الثاني والثالث عليه، فنصفه هدر، ونصفه على الثاني؛ لأن جره الثاني على نفسه هدر، لأنه جناية على نفسه، وجر الثاني والثالث عليه معتبر، فهدر النصف وبقي النصف.

وإن علم أنه مات بوقوعه في البئر، ووقوع الثاني عليه، فالنصف على الحافر لوجود الجناية منه بالحفر، والنصف هدر لجره الثاني على نفسه.

وَإن علم أنه مات بوقوعه في البئر ووقوع الثالث عليه، فالنصف على الحافر والنصف على الثاني؛ لأنه هو الذي جر الثالث على الأول.

وَإن علم أنه مات بوقوعه في البئر ووقوع الثاني والثالث عليه، فالثلث هدر والثلث على الحافر والثلث على الثاني؛ لأنه مات بثلاث جنايات، أحدها هدر وهي جره الثاني على نفسه، فبقيت جناية الحافر، وجناية الثاني بجره الثالث على الأول فتعتبر.

وأما موت الثاني فلا يخلو من ثلاثة أوجه: إما إن علم أنه مات بوقوعه في البئر خاصة، وَإما إن علم أنه مات بوقوع الثالث عليه خاصة، وَإما إن علم أنه مات بوقوعه في البئر ووقوع الثالث عليه، فإن علم أنه مات بسقوطه في البئر خاصة، فديته على الأول، وليس على الحافر شيء؛ لأن الأول هو الذي جره إلى البئر، فكان كالدافع.

٣/٣٩ب وَإن علم أنه مات بوقوع الثالث عليه خاصة، فدمه هدر؛ لأنه مات بفعل نفسه؛ حيث/ جر الثالث على نفسه، فهدر دمه.

وَإن علم أنه مات بسقوطه في البئر ووقوع الثالث عليه، فالنصف هدر والنصف على الأول؛ لأنه مات بسببين[1]، أحدهما فعل نفسه وهو جره الثالث على نفسه وجنايته على نفسه هدر، والثاني فعل غيره وهو جر الأول وإيقاعه في البئر، وأما موت الثالث فله وجه واحد لا غير؛ وهو سقوطه في البئر وديته على الثاني؛ لأنه هو الذي جره إلى البئر وأوقعه فيه.

هذا كله إذا علم حال وقوعهم، وأما إذا لم يعلم فلا يخلو إما إن وجد بعضهم على بعض، وَإما إن وجدوا متفرقين، فإن كانوا متفرقين فدية الأول على الحافر، ودية الثاني على الأول، ودية الثالث على الثاني، وإن كان بعضهم على بعض، فالقياس هكذا أيضاً وهو أن يكون دية الأول على الحافر ودية الثاني على الأول ودية الثالث على الثاني، وهو قول محمد ـ رحمه الله ـ.

---

(١) في أ: بشيئين.

وفي الاستحسان دية الأول أثلاث: ثلث على الحافر، وثلث على الثاني، وثلث هدر، ودية الثاني نصفان: نصف هدر، ونصف على الأول، ودية الثالث كلها على الثاني، ولم يذكر محمد ـ رحمه الله ـ في الاستحسان أنه قول من.

وجه القياس أنه وجد لموت كل واحد سبب ظاهر، وهو الحفر للأول، والجر من الأول للثاني، والجر من الثاني للثالث، وَإضافة الأحكام إلى الأسباب الظاهرة أصل في الشريعة.

وَجْه الاستحسان أنه اجتمع في الأول ثلاثة أسباب، كل واحد منها صالح للموت، وقوعه في البئر، ووقوع الثاني، ووقوع الثالث عليه، إلا أن وقوع الثاني عليه حصل بجره إياه على نفسه، فهدر الثلث وبقي الثلثان: ثلث على الحافر بحفره، وثلث على الثاني بجره الثالث على نفسه، ووجد في الثاني سببان[1]: الحفر ووقوع الثالث عليه، إلا أن وقوعه عليه حصل بجره، فهدر نصف الدية وبقي النصف على الحافر، ولم يوجد في الثالث إلا سبب واحد وهو جر الثاني إياه إلى البئر، والأصل في الأسباب اعتبارها ما أمكن، واعتبارها يقتضي أن يكون الحكم ما ذكرنا، والله تعالى أعلم.

ولو استأجر رجلاً ليحفر له بئراً في الطريق، فحفر فوقع فيها إنسان، فإن كانت البئر في فناء المستأجر، فالضمان عليه لا على الأجير؛ لأن له ولاية الانتفاع بفنائه إذا لم يتضمن الضرر بالمارة على أصلهما مطلقاً.

وعلى أصل أبي حنيفة ـ رحمه الله ـ إذا لم يمنع منه مانع فانصرف مطلق الأمر بالحفر إليه، فإذا حفر في فنائه انتقل فعل المأمور إليه، كأنه حفر بنفسه فوقع فيها إنسان، ولو كان كذلك وجب الضمان عليه؛ كذا هذا.

وإن لم يكن ذلك في فنائه، فإن أعلم المستأجر الأجير أن ذلك ليس من فنائه، فالضمان على الأجير لا على الآمر؛ لأن الأجير لم يحفر بأمره، فبقي فعله مقصوراً عليه؛ كأنه ابتدأ الحفر من نفسه من غير أمر، فوقع فيها إنسان، وَإن لم يعلمه، فالضمان على الآمر؛ لأنه غره بالأمر بحفر البئر في الطريق مطلقاً، إنما يأمر بما يملكه مطلقاً عادة، فيلزمه ضمان الغرور، وهو ضمان الكفالة في الحقيقة؛ كأنه ضمن له ما يلزمه من الحفر بمنزلة ضمان الدرك.

وَلَوْ أمر عبده أن يحفر بئراً في الطريق، فحفر فوقع فيها إنسان، فإن كان الحفر في فنائه، فالضمان على عاقلة المولى؛ لأنه يملك الأمر بالحفر في هذا المكان، فينتقل فعله إلى المولى؛ كأنه حفر بنفسه، وَإن كان في غير فنائه، فالضمان في رقبة العبد، يخاطب المولى بالدفع أو

(١) في ط: شيئان.

الفداء؛ لأن الأمر بالحفر لا ينصرف إلى غير فنائه، فصار مبتدئاً في الحفر بنفسه، سواء أعلم العبد أنه ليس من فنائه أو لم يعلمه، بخلاف الأجير؛ لأن وجوب الضمان على الآمر هناك بمعنى الغرور على ما بينا، ولا يتحقق الغرور فيما بين العبد وبين مولاه، فيستوي فيه العلم والجهل، وَإن كان الحفر في الملك، فَإن كان في ملك غيره بأن حفر بئراً في دار إنسان بغير إذنه فوقع فيها إنسان، يضمن الحافر؛ لأنه متعدٍّ في التسبيب.

ولو قال صاحب الدار: أنا أمرته بالحفر، وأنكر أولياء الميت، فالقياس أن لا يصدق صاحب الدار، والقول قول الورثة، وفي الاستحسان يصدق، والقول قول الحافر.

وجه القياس أن الحفر وقع موجباً للضمان ظاهراً؛ لأنه صادف ملك الغير وأنه محظور، فكان متعدياً في الحفر من حيث الظاهر، فصاحب الدار بالتصديق يريد إبراء الجاني عن الضمان، فلا يصدق.

وجه الاستحسان أن قول صاحب الدار أمرته بذلك إقرارٌ منه بما يملك إنشاءه للحال، وهو الأمر بالحفر، فيصدق، وإن كان في ملك نفسه، لا ضمان عليه؛ لأن الحفر مباحٌ مطلق له، فلم يكن متعدياً في التسبيب، وَإن كان في فنائه يضمن؛ لأن الانتفاع به مباح بشرط السلامة؛ كالسير في الطريق.

٣/ ١٤٠أ ولو استأجر أربعة/ يحفرون له بئراً، فوقعت عليهم من حفرهم فمات أحدهم، فعلى كل واحد من الثلاثة ربع الدية، وهدر الربع؛ لأنه مات من أربع جنايات، إلا أن جناية المرء على نفسه هدر، فبطل الربع، وبقي جنايات أصحابه عليه، فتعتبر، ويجب عليهم ثلاث أرباع الدية على كل واحد منهم الربع.

وقد روى الشعبي عن سيدنا علي ـ رضي الله عنه ـ أنه قضى على القارصة والقامصة والواقصة بالدية أثلاثاً؛ وَهُنَّ ثلاث جواري ركبت إحداهن الأخرى فقرصت الثالثة المركوبة، فقمصت، فسقطت الراكبة، فقضى للتي وقصت بثلثي الدية على صاحبتها، وأسقط الثلث؛ لأن الواقصة أعانت على نفسها.

وروي أن عشرة مَدُّوا نخلة فسقطت على أحدهم فمات، فقضى سيدنا علي ـ رضي الله عنه ـ على كل واحد منهم بعشر الدية وأسقط العشر؛ لأن المقتول أعان على نفسه.

ولو استأجر أجراء حُرًّا وعبداً محجوراً ومكاتباً ـ يحفرون له بئراً، فوقعت البئر عليهم من حفرهم فماتوا، فلا ضمان على المستأجر في الحر، ولا في المكاتب، ويضمن قيمة العبد المحجور لمولاه، أما الحر والمكاتب؛ فلأنه لم يوجد فيهما من المستأجر سبب وجوب الضمان؛ لأن استئجارهما وقع صحيحاً، فكان استعماله إياهما في الحفر بناءً على عقد

صحيح، فلا يكون سبباً لوجوب الضمان، ووقوع البئر عليهما حصل من غير صنعه، فلا يجب الضمان عليه، وأما العبد فلأن استئجاره لم يصح، فصار المستأجر باستعماله في الحفر غاصباً إياه، فدخل في ضمانه، فإذا هلك فقد تقرر الضمان، فعليه قيمته لمولاه.

ثم إذا دفع قيمته إلى المولى، فالمولى يدفع القيمة إلى ورثة الحر والمكاتب، فيتضاربون فيها، فيضرب ورثة الحر بثلث دية الحر، وورثة المكاتب بثلث قيمة المكاتب، وَإنما كان كذلك؛ لأن موت كل واحد منهم حصل بثلاث جنايات، بجناية نفسه وجناية صاحبيه، فصار قدر الثلث من الحر والمكاتب تالفاً بجناية العبد، وجناية القن توجب الدفع، ولو كان قنًّا لوجب دفعه إلى ورثة الحر والمكاتب؛ يتضاربون في رقبته على قدر حقوقهم، فإذا هلك وجب دفع القيمة إليهم يتضاربون فيها أيضاً، فيضرب ورثة الحر فيها بثلث دية الحر، وورثة المكاتب بثلث قيمة المكاتب؛ لأن الحر مضمون بالدية، والمكاتب مضمون بالقيمة، ثم يرجع المولى على المستأجر بقيمة العبد مرة أخرى ويسلم له تلك القيمة؛ لأنه وَإن رد المغصوب إلى المغصوب منه يرد قيمته إليه، لكنه رده مشغولاً، وقد كان غصبه فارغاً، فلم يصح رده في حق الشغل، فيضمن القيمة مرة أخرى، وللمستأجر أن يرجع على عاقلة الحر بثلث قيمة العبد؛ لأن ملك العبد بالضمان من وقت الغصب، فتبين أن الجناية حصلت من الحر على ثلث عبد المستأجر، فيضمن ثلث قيمته، فتؤخذ من عاقلته، ويأخذ ورثة المكاتب أيضاً من عاقلة الحر ثلث قيمة المكاتب؛ لوجود الجناية من الحر على ثلث قيمته، فيضمن ثلث قيمته، فتؤخذ من عاقلته، ثم يؤخذ من تركة المكاتب مقدار قيمته، فتكون بين ورثة الحر وبين المستأجر، لوجود الجناية منه على الحر وعلى العبد، يضرب ورثة الحر بثلث دية الحر، ويضرب المستأجر بثلث قيمة العبد؛ لأنه جنى على ثلث الحر وعلى ثلث العبد، فأتلف من كل واحد منهما ثلثه، والحُرُّ مضمونٌ بالدية والعبد بالقيمة، وقد ملك المستأجر العبد بالضمان، فكان ضمان الواردة على ملكه، والله سبحانه وتعالى أعلم.

وقالوا فيمن حفر بئراً في سوق العامة لمصلحة المسلمين، فوقع فيها إنسان ومات ـ إنه إن كان الحفر بإذن السلطان لا يضمن، وَإن كان بغير إذنه يضمن؛ وكذلك إذا اتخذ قنطرة للعامة.

وروي عن أبي يوسف أنه لا يضمن، ووجهه أن ما كان من مصالح المسلمين كان الإذن به ثابتاً دلالة، والثابت دلالة كالثابت نَصًّا.

وجه ظاهر الرواية أن ما يرجع إلى مصالح عامة المسلمين كان حقًّا لهم، والتدبير في أمر العامة إلى الإمام، فكان الحفر فيه بغير إذن الإمام؛ كالحفر في دار إنسان بغير إذن صاحب الدار.

هذا الذي ذكرنا حكم الحافر في الطريق، وكذلك مَنْ كان في معنى الحافر ممن يحدث شيئاً في الطريق، كمن أخرج جناحاً إلى طريق المسلمين، أو نصب فيه ميزاباً فصدم إنساناً فمات، أو بنى دكاناً أو وضع حجراً أو خشبة أو متاعاً أو قَعَدَ في الطريق ليستريح، فعثر بشيء من ذلك عاثر، فوقع فمات، أو وقع على غيره فقتله، أو حدث به أو بغيره من ذلك العثرة والسقوط جناية من قتل أو غيره، أو صب ماء في الطريق فزلق به إنسان، فهو في ذلك كله ضامنٌ.

وكذلك ما عطب بذلك من الدواب؛ لأنه سبب التلف بإحداث هذه الأشياء، وهو متعد في التسبيب؛ فما تولد منه يكون مضموناً عليه؛ كالمتولد من الرمي.

ثم ما كان من الجناية في بني آدم تتحملها العاقلة إذا بلغت القدر الذي تتحمل العاقلة، وهو نصف عشر دية الرجل/، وما لم يبلغ ذلك القدر، أو كان منها في غير بني آدم - يكون في ماله؛ لأن تحميل العاقلة ثبت بخلاف القياس؛ لعدم الجناية منهم؛ وقد قال الله - تبارك وتعالى -: ﴿وَلاَ تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَى﴾ [الإسراء: ١٥] عرفناه بنص خاص في بني آدم بهذا القدر، فبقي الأمر فيما دونه، وفي غير بني آدم على الأصل، ولا كفارة عليه، ولايحرم الميراث لو كان وارثاً للمجني عليه، ولا الوصية لو كان أجنبيًا؛ لأنه لم يباشر القتل. ٣/ ٤٠ب

وقد قالوا فيمن وضع كناسة في الطريق فعطب بها إنسان أنه يضمن؛ لأن التلف حصل بوضعه، وهو في الوضع متعد.

وقال محمد: إن وضع ذلك في طريق غير نافذة وهو من أهله، لم يضمن لعدم التعدي منه؛ إذ الطريق مشترك بين أهل السكة؛ فيكون لكل واحد من أهلها الانتفاع به؛ كالدار المشتركة.

وَلَوْ سقط الميزاب الذي نصبه صاحب الدار إلى طريق المسلمين على إنسان فقتله إن أصابه الطرف الداخل في الحائط لم يضمن؛ لأنه في ذلك القدر متصرف في ملك نفسه، فلم يكن متعدياً فيه، وَإن أصابه الطرف الخارج إلى الطريق، يضمن؛ لأنه متعد في إخراجه إلى الطريق، وَإن أصابه الطرفان جميعاً يضمن النصف؛ لأنه متعد في النصف لا غير، وَإن كان لا يدري، فالقياس أن لا يضمن شيئاً؛ لأنه إن كان أصابه الطرف الداخل، لا يضمن، وَإن كان أصابه الطرف الخارج يضمن، والضمان لم يكن واجباً، فوقع الشك في وجوبه، فلا يجب بالشك.

وفي الاستحسان يضمن النصف؛ لأنه إذا لم يعرف الطرف الذي أصابه أنه الداخل أو الخارج، يجعل كأنه أصابه الطرفان جميعاً؛ كما في الغرقى والحرقى أنه إذا لم يعرف التقدم

والتأخر في موتهم، يجعل كأنهم ماتوا جملة واحدة في آنٍ[1] واحدٍ؛ حتى لا يرث البعض من البعض؛ كذا هذا.

ولو أحدث شيئاً مما ذكرنا في المسجد؛ بأن حفر بئراً في المسجد ـ لأجل الماء، أو بنى فيه بناء دكاناً أو غيره، فعطب به إنسان، فإن كان الحافر والباني من أهل المسجد، فلا ضمان عليه، وَإن كان من غير أهله، فإن فعل بإذن أهل المسجد، فكذلك، وَإن فعل بغير إذنهم يضمن بالإجماع؛ لأن تدبير مصالح المسجد إلى أهل المسجد فما فعلوه لا يكون مضموناً عليهم؛ كالأب أو الوصي إذا فعل شيئاً من ذلك في دار اليتيم، ومتولي الوقف إذا فعل في الوقف، وأما غير أهل المسجد فليس له ولاية التصرف في المسجد بغير إذن أهل المسجد، فإذا فعل بغير إذنهم كان متعدياً في فعله، فكان مضموناً عليه.

ولو علق قنديلاً أو بسط حصيراً أو ألقى فيه الحصى، فإن كان من أهل المسجد فلا ضمان عليه، وَإن لم يكن من أهل ذلك المسجد، فإن فعله بإذن أهل المسجد فكذلك، وَإن فعل بغير إذنهم يضمن في قول أبي حنيفة ـ رضي الله عنه ـ، وفي قولهما: لا يضمن.

وجه قولهما إن المسجد لعامة المسلمين، فكان كل واحد من آحاد المسلمين بسبيل من إقامة مصالحه، ولأن هذه المصالح من عمارة المسجد، وقد قال الله تبارك وتعالى: ﴿إِنَّمَا يَعْمُرُ مَسَاجِدَ الله مَنْ آمَنَ بِاللهِ﴾ [التوبة:١٨] من غير تخصيص، إلا أن لأهل المسجد ضرب اختصاص به، فيظهر ذلك في التصرف في نفسه بالحفر والبناء، لا في القنديل والحصير؛ كالمالك مع المستعير؛ أن للمستعير ولاية بسط الحصير وتعليق القنديل في دار الإعارة، وليس له ولاية الحفر والبناء؛ كذا هذا.

ولأبي حنيفة ـ رحمه الله ـ ما ذكرنا أن التدبير في مصالح المسجد إلى أهل المسجد لا إلى غيرهم؛ بدليل أن لهم ولاية منع غيرهم عن التعليق والبسط وعمارة المسجد، فكان الغير متعدياً في فعله، فالمتولد منه يكون مضموناً عليه؛ كما لو وضع شيئاً في دار غيره بغير إذنه، فعطب به إنسان؛ ولهذا ضمن بالحفر والبناء؛ كذا هذا.

وكون المسجد لعامة المسلمين، لا يمنع اختصاص أهله بالتدبير والنظر في مصالحه؛ كالكعبة فإنها لجميع المسلمين، ثم اختص بنو شيبة بمصالحها[2]؛ حتى روي أنه عليه الصلاة والسلام لما أخذ مفتاح الكعبة منهم ودفعه إلى عمه العباس ـ رضي الله عنه ـ عند طلبه ذلك، أمره الله تبارك وتعالى برده إلى بني شيبة بقوله تبارك وتعالى: ﴿إِنَّ الله يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا﴾ [النساء:٥٨].

---

(١) في ط: أوان.

(٢) في ط: بمفاتحها.

ولو جلس في المسجد فعطب به إنسان، إن كان في الصلاة لا يضمن الجالس، سواء كان الجالس من أهل المسجد أو لم يكن من أهله، لأن المسجد بني للصلاة، فلو أخذ المصلي بالضمان لصار الناس ممنوعين عن الصلاة في المساجد؛ وهذا لا يجوز.

وإن جلس لحديث أو نوم فعطب به إنسان، يضمن في قول أبي حنيفة ـ رحمه الله تعالى ـ وفي قولهما: لا يضمن.

وجه قولهما إن الجلوس في المسجد لغير الصلاة من الحديث والنوم مباحٌ، فلم يكن الهلاك حاصلاً بسبب هو متعد فيه، فلا يجب الضمان؛ كما لو جلس في داره فعبر عليه إنسان فعطب به؛ أنه لا يضمن؛ كذا هذا.

ولأبي حنيفة ـ رضي الله عنه/ ـ أن المسجد بني للصلاة لا للحديث والنوم، فإذا شغله بذلك صار متعدياً فيضمن؛ كما لو جلس في الطريق للاستراحة فعطب به إنسان؛ أنه يضمن؛ لأن الطريق جعل للاجتياز لا للجلوس، وَإذا جلس فقد صار متعدياً، فيضمن؛ كذا هذا. ٣/١٤١أ

وقولهما الحديث والنوم مباح في المسجد، مُسَلَّمٌ، لكن بشرط سلامة العاقبة، ولم يوجد الشرط، فكان تعدياً.

ولو جلس لانتظار الصلاة أو لقراءة قرآن أو لعبادة من العبادات غير الصلاة، فلا شك أن على أصلهما لا يضمن؛ لأنه لو جلس لغير قربة لا يضمن، فإذا جلس لقربة فَهُوَ أَوْلَىٰ.

وأما على أصل أبي حنيفة ـ رضي الله عنه ـ فقد اختلف المشايخ فيه، قال بعضهم لا يضمن؛ لأن المنتظر للصلاة في الصلاة على لسان رسول الله ـ ﷺ ـ، وقال بعضهم يضمن؛ لأنه ليس في الصلاة حقيقة، وَإنما ألحق بالمصلي في حق الثواب لا غير، والله تعالى أعلم.

ومن هذا الجنس جناية السائق والقائد؛ بأن ساق دابة في طريق المسلمين أو قادها فوطئت إنساناً بيدها أو برجلها أو كدمت أو صدمت أو خبطت، فهو ضامن لما ذكرنا من الأصل أن السوق والقود في الطريق مباح بشرط سلامة العاقبة، فإذا حصل التلف بسببه ولم يوجد الشرط فوقع تعدياً، فالمتولد منه فيما يمكن التحرز عنه يكون مضموناً، وهذا مما يمكن الاحتراز عنه؛ بأن يذود الناس عن الطريق فيكون مضموناً، وسواء كان السائق أو القائد راجلاً أو راكباً، إلا أنه إذا كان راكباً فعليه الكفارة؛ إذا وطىء دابته إنساناً بيدها أو برجلها ويحرم الميراث والوصية، وإن كان راجلاً لا كفارة عليه، ولا يحرم الميراث والوصية؛ لأن هذه الأحكام يتعلق ثبوتها بمباشرة القتل، لا بالتسبيب، والمباشرة من الراكب لا من غيره.

وإن كان أحدهما سائقاً والآخر قائداً، فالضمان عليهما؛ لأنهما اشتركا في التسبيب، فيشتركان في الضمان؛ وكذلك إذا كان أحدهما سائقاً والآخر راكباً، أو كان أحدهما قائداً

والآخر راكباً، فالضمان عليهما لوجود سبب وجوب الضمان من كل واحد منهما، إلا أن الكفارة تجب على الراكب وحده فيما [إذا][١] وطئت دابته إنساناً فقتلته؛ لوجود القتل منه وحده مباشرة، فإن قاد قطاراً فما أصاب [الأول أو الآخر أو الأوسط] إنساناً بيد أو رجل، أو صدم إنساناً فقتله، فهو ضامن لذلك؛ لأنه فعل فعلاً هو سبب حصول التلف، فيضمن، وهو مما يمكن الاحتراز عنه؛ كما إذا وضع حجراً في الطريق أو حفر فيه بئراً، فإن كان معه سائق في آخر القطار، فالضمان عليهما؛ لأن كل واحد منهما سبب التلف، وإن كان السائق في وسط القطار فما أصاب مما خلف هذا السائق وما بين يديه شيئاً، فهو عليهما؛ لأن ما بين يديه هو له سائق، والأول له قائد، وما خلفه هما له قائدان، أما قائد القطار فلا شك فيه؛ لأن بعضه مربوط ببعض، وأما السائق الذي في وسط القطار، فلأنه يسوقه ما بين يديه قائد لما خلفه؛ لأن ما خلفه ينقاد بسوقه، فكان قائداً له، والقود والسوق كل واحد منهما سبب لوجود الضمان؛ لما بينا.

وإن كان أحياناً في وسط القطار، وأحياناً يتأخر، وأحياناً يتقدم، وهو يسوقها في ذلك، فهو والأول سواء؛ لأنه سائق وقائد، والسوق والقود كل واحد منهما سبب لوجود الضمان.

وَإن كانوا ثلاثة أحدهم في مقدمة القطار والآخر في مؤخر القطار وآخر في وسطه، فإن كان الذي في الوسط والمؤخر لا يسوقان، ولكن المقدم يقود، فما أصاب الذي قدام الوسط شيئاً فذلك كله على القائد؛ لأن التلف حصل بسبب القود، وما أصاب الذي خلفه فذلك على القائد الأول، وعلى الذي في الوسط؛ لأنهما قائدان لما بينا، وعلى المؤخر أيضاً إن كان يسوق هو، وإن كان لا يسوق لا شيء عليه؛ لأنه لم يوجد منه صنع، وإن كانوا جميعاً يسوقون فما تلف بذلك فضمانه عليهم جميعاً؛ لوجود التسبيب منهم جميعاً.

وذكر محمد في الكيسانيات: لو أن رجلاً [كان][٢] يقود قطاراً، وآخر من خلف القطار يسوقه يزجر الإبل، فينزجرن بسوقه، وعلى الإبل قوم في المحامل نيام، فوطىء بعير منها إنساناً فقتله، فالدية على عاقلة القائد والسائق والراكب على البعير الذي وطىء، وعلى الراكبين على الذين قدام البعير الذي وطىء، على عواقلهم جميعاً على عدد الرؤوس، والكفارة على راكب البعير الذي وطىء خاصة، أما السائق والقائد فلأنهما مقربان القطار إلى الجناية، فكانا متسببين[٣] للتلف.

---

(١) سقط من ط.
(٢) سقط من ط.
(٣) مسببين.

وأما الراكب للبعير الذي وطىء فلا شك فيه؛ لأن التلف حصل بفعله.

وأما الراكبون أمام البعير الذي وطىء فلأنهم قادة لجميع ما خلفهم، فكانوا قائدين للبعير الواطىء ضرورة، فكان متسببين للتلف أيضاً، فاشتركوا في سبب وجوب الضمان، فانقسم/ ٣/ ٤١ب الضمان عليهم، وَإنما كانت الكفارة على راكب البعير الذي وطىء خاصة؛ لأنه قاتل بالمباشرة لحصول التلف بثقله وثقل الدابة، إلا أن الدابة آلة له، فكان الأثر الحاصل بفعله مضافاً إليه، فكان قاتلاً بالمباشرة، ومن كان من الركبان خلف البعير الذي وطىء لا يزجر الإبل ولا يسوقها راكباً على بعير منها أو غير راكبٍ، فلا ضمان على أحد منهم؛ لأنه لم يوجد منهم سبب وجوب الضمان؛ إذ لم يسوقوا البعير الذي وطىء ولم يقودوه، فصاروا كمتاع على الإبل ولو قاد قطاراً وعلى بعير في وسط القطار راكب لا يسوق منه شيئاً، فضمان ما كان بين يديه على القائد خاصة، وضمان ما خلفه عليهما جميعاً؛ لأن الراكب غير سائق لما بين يديه؛ لأن ركوبه لهذا البعير لا يكون سوقاً لما بين يديه، كما أن مشيه إلى جانب البعير، لا يكون سوقاً إياه إذا لم يسقه، ولكنه سائق لما ركبه؛ لأن البعير إنما يسير بركوب الراكب وحثه، وَإذا كان سائقاً له كان قائداً لما خلفه، فكان ضمانه عليهما.

وإذا كان الرجل يقود قطاراً فجاء رجلٌ وربط إليه بعيراً فوطىء البعير إنساناً، فالقائد لا يخلو إما إن كان لا يعلم بربطه، وإما إن علم ذلك، فإن لم يعلم فالدية على القائد تتحمل عنه عاقلته، ثم عاقلته يرجعون على عاقلة الرابط.

أما وجوب الدية على القائد؛ فلأنه قاتل تسبيباً، وضمان القتل ضمان إتلاف، وَأنه لا يختلف بالعلم والجهل.

وأما رجوع عاقلة القائد على عاقلة الرابط؛ فلأن الرابط متعد في الربط، وهو السبب في لزوم الضمان للقائد، فكان الرجوع عليه، وكذلك لو كانت الإبل وقوفاً لا تقاد، فجاء رجل وربط إليها بعيراً، والقائد لا يعلم، فقاد البعير معها، فوطىء البعير إنساناً فقتله، فالدية على القائد، يتحمل عنه عاقلته، إلا أن ههنا لا ترجع عاقلة القائد على عاقلة الرابط؛ لأن الرابط وإن تعدى في الربط وأنه سبب لوجوب الضمان، لكن القائد لما قاد البعير عن ذلك المكان، فقد أزال تعديه، فيزول الضمان عنه، ويتعلق بالقائد؛ كمن وضع حجراً في الطريق، فجاء إنسان فدحرجه عن ذلك المكان، ثم عطب به إنسان، فالضمان على الثاني لا على الأول؛ لما قلنا؛ كذا هذا.

بخلاف المسألة الأولى؛ لأن هناك وجد الربط والإبل سائرة، فلم يستقر مكان التعدي ليزول بالانتقال عنه، فبقي التعدي ببقاء الربط.

وإن كان القائد علم بالربط في المسألتين جميعاً فقاده على ذلك، فوطىء البعير إنساناً فقتله، فالدية على القائد تتحمل عنه عاقلته، ولا ترجع عاقلته على عاقلة الرابط، لأنه لما قاد مع علمه بالربط فقد رضي بما يلحقه من العهدة في ذلك، فصار علمه بالربط بمنزلة أمره بالربط، ولو ربط بأمره كان الأمر على ما وصفنا؛ كذا هذا.

ولو سقط سرج دابة فعطب به إنسان، فالدية على السائق أو القائد؛ لأن السقوط لا يكون إلا بتقصير منه في شد الحزام، فكان مسبباً للقتل متعدياً في التسبيب، والله سبحانه وتعالى أعلم.

ومن هذا النوع جناية الناخس والضارب، وجملة الكلام فيه أن الدابة المنخوسة أو المضروبة إما أن يكون عليها راكب، وإما أن لا يكون عليها راكب، فإن كان عليها راكب، فالراكب لا يخلو إما إن كان سائراً، وإما إن كان واقفاً، والسير والوقوف إما أن يكون في موضع أذن له بذلكَ، وإما أن يكون في موضع لم يؤذن له به، والناخس أو الضارب لا يخلو من أن يكون نخس أو ضرب بغير أمر الراكب أو بأمره، فإن فعل ذلك بغير أمر الراكب فنفحت الدابة برجلها أو ذنبها أو نفرت، فصدمت إنساناً فقتلته، فإن فعلت شيئاً من ذلك على فور النخسة والضربة، فالضمان على الناخس، والضارب، يتحمل عنهما عاقلتهما، لا على الراكب، سواء كان الراكب واقفاً أو سائراً، وسواء كان في سيره أو وقوفه فيما أذن له [بالسير] فيه والوقوف، أو فيما لم يؤذن؛ بأن كان يسير في ملكه، أو في طريق المسلمين، أو في ملك الغير، أو كان يقف في ملكه أو في سوق الخيل ونحوه، أو في طريق المسلمينَ، وإنما كان كذلك؛ لأن الموت حصل بسبب النخس أو الضرب وهو متعد في السبب، فيضمن ما تولد منه؛ كما لو دفع الدابة على غيره والراكب الواقف على طريق العامة، وَإن كان متعدياً أيضاً، لكنه ليس بمتعد في التعدي، والناخس متعد في التعدي؛ وكذا الضارب، فأشبه الدافع مع الحافر.

وقد روي عن سيدنا عمر ـ رضي الله عنه ـ أنه ضمن الناخس دون الراكب؛ وكذا روي عن ابن مسعود ـ رضي الله عنه ـ أنه فعل هكذا، وكان ذلك منهما بمحضرٍ من الصحابة ـ رضي الله عنهم ـ ولم يعرف الإنكار من أحدٍ، فيكون إجماعاً من الصحابة.

وإنما شرط الفور لوجوب الضمان على الناخس والضارب، لأن الهلاك عند سكون الفور يكون مضافاً إلى الدابة، لا إلى الناخس والضارب.

ولو نخسها أو ضربها وهو سائر عليها فوطئت إنساناً فقتلته لم يذكر هذا في ظاهر الرواية/. ٣/١٤٢أ

وروى ابن سماعة عن أبي يوسف أن الضمان عليهما؛ لأن الموت حصل بثقل الراكب

وفعل الناخس، وكل واحد منهما سبب لوجوب الضمان، فقد اشتركا في سبب وجوب الضمان، وكذلك إذا كان واقفاً عليها؛ لما قلنا. وتجب الكفارة على الراكب لوجود القتل منه مباشرة؛ كما قلنا في الراكب مع السائق أو القائد.

ولو نخسها أو ضربها فوثبت وألقت الراكب، فالناخس أو الضارب ضامن لحصول التلف بسبب هو متعد فيه، وهو النخس والضرب، فيضمن ما تولد منه، فإن لم تلقه ولكنها جمحت به فما أصابت في فورها ذلك فعلى الناخس والضارب؛ لما ذكرنا أن فعل كل واحد منهما وقع سبباً للهلاك، وهو متعد في التسبيب، فإن نفحت الدابة الناخس أو الضارب فقتلته، فدمه هَدَرٌ؛ لأنه هلك من جناية نفسه، وجناية الإنسان على نفسه هَدَرٌ.

هذا إذا نخس أو ضرب بغير أمر الراكب، فأما إذا فعل ذلك بأمر الراكب، فإن كان الراكب سائراً فيما أذن له بالسير فيه؛ بأن كان يسير في ملك نفسه، أو في طريق المسلمين، أو واقفاً فيما أذن له بالوقوف؛ بأن وقف في ملك نفسه أو في سوق الخيل وغيره من المواضع التي أذن بالوقوف فيها، فنفحت الدابة برجلها إنساناً فقتلته ـ فلا ضمان على الناخس، ولا على الضارب، ولا على الراكب؛ لأنه أمره بما يملكه بنفسه، فصح أمره به، فصار كأنه نخس أو ضرب بنفسه فنفحت، وقد ذكرنا أن النفحة في حال السير والوقوف في موضع إذن بالسير، أو الوقوف فيه غير مضمونٍ على أحدٍ، لا على الراكب ولا على السائق ولا على القائد.

وإن كان الراكب سائراً فيما لم يؤذن له بالسير؛ بأن كان يسير في ملك الغير، أو كان واقفاً فيما لم يؤذن له بالوقوف فيه؛ كما إذا كان واقفاً في ملك غيره أو في طريق المسلمين، فنفحت، فالدية عليهما نصفان، نصف على الناخس أو الضارب، ونصف على الراكب، ولا كفارة عليهما؛ كذا ذكر في ظاهر الرواية.

وَروى ابن سماعة عن محمد ـ رحمهما الله ـ أن الضمان على الراكب، ووجهه أن الناخس أو الضارب نخس أو ضرب لها بإذن الراكب. وهو راكب، وهو يملك ذلك بنفسه، فانتقل فعله إليه، فكان فعله بنفسه، فكان الضمان عليه.

وجه ظاهر الرواية أن الناخس أو الضارب مع الراكب اشتركا في سبب وجوب الضمان، أما الناخس أو الضارب فلا يشكل لوجود سبب القتل من كل واحد منهما على سبيل التعدي، وأما الراكب فلأنه صَارَ بالأمر بالنخس أو الضرب ناخساً أو ضارباً، والنفحة المتولدة من نخسه وضربه في هذه المواضع مضمونة عليه؛ إلا أنه لا كفارة عليهما لحصول القتل بالتسبيب لا بالمباشرة.

هذا إذا نفحت، فأما إذا صدمت، فإن كان الراكب سائراً أو واقفاً في ملك نفسه، فلا

ضمان على الناخس والضارب. ولا على الراكب؛ لأن فعل النخس والضرب مضافٌ إلى الراكب؛ لحصوله بأمره، والصدمة في الملك غير مضمونة على الراكب، سواء كان سائراً أو واقفاً، وَإن كان سيره أو وقوفه في طريق المسلمين أو في ملك الغير، فينبغي أن يكون على الاختلاف الذي ذكرنا في النفحة إذا كان الراكب واقفاً في موضع لم يؤذن بالوقوف فيه؛ لأن الصدمة مضمونة على الراكب إذا كان في طريق المسلمين، واقفاً كان أو سائراً؛ وكذا في ملك الغير، فيتأتى فيه الخلاف الذي ذكرنا في النفحة، والله سبحانه وتعالى أعلم.

هَذَا إذا نفحت أو صدمت، فأما إذا وطئت إنساناً فقتلته، فالضمان عليهما، سواء كان الراكب سائراً أو واقفاً في أي موضع كان، فيما أذن فيه أو لم يؤذن؛ لأنهما اشتركا في سبب القتل لحصول الموت بثقل الراكب والدابة وفعل الناخس، وتجب الكفارة على الراكب؛ لأنه قاتل مباشرة، فصار الراكب مع الناخس كالراكب مع السائق والقائد؛ أن الدية عليهما نصفان، والكفارة على الراكب خاصة؛ كذا ههنا.

هذا الذي ذكرنا إذا كان على الدابة المنخوسة أو المضروبة راكب، فأما إذا لم يكن عليها راكب، فإن لم يكن لا سائق ولا قائد، فنخسها إنسان أو ضربها فما أصابت شيئاً على فور النخسة والضربة، فضمانه على الناخس والضارب في أي موضع كانت الدابة؛ لأنه سبب الإتلاف بالنخس والضرب، وهو متعد في التسبيب، فما تولد منه يكون مضموناً عليه.

وَإن كان عليها سائق أو قائد، فنخس أو ضرب بغير أمره. فنفحت أو نفرت فصدمت أو وطئت إنساناً فقتلته، فالضمان على الناخس والضارب، لا على السائق والقائد، في أيِّ موضع كان الناخس والقائد؛ لأن الناخس مع السائق والقائد كالدافع مع الحافر؛ لأنه بالنخس أو الضرب كأنه دفع الدابة على غيره؛ وكذلك إذا كان لها سائق وقائد يقود أحدهما ويسوق الآخر، فنخس أو ضرب بغير إذن واحد منهما/ فالضمان على الناخس والضارب، لا عليهما، في أيِّ موضع كان الناخس والقائد؛ لما ذكرنا أن الناخس متعمد كالدافع للدابة؛ وكذا الضارب ولا تعمد من السائق والقائد. ٣/٤٢ب

وَإن كان كل واحد منهما أمره بذلك فنفحت، فإن كان سوقه أو قوده فيما أذن له بالسوق والقود فيه، فلا ضمان على الناخس والضارب، وَإن فعل ذلك بأمر السائق أو القائد فإن كان يسوق أو يقود فيما أذن له بالسوق والقود فيه؛ بأن كان في ملكه أو في طريق المسلمين لا ضمان على أحد؛ لأن فعله يضاف إليه كالسائق أو القائد.

وَإن كان يسوق أو يقود فيما أذن له بذلك؛ بأن كان في ملك الغير، فعلى قياس ما ذكرنا في ظاهر الرواية الضمان على الناخس والضارب، وعلى السائق أو القائد، ولا كفارة عليهما، وعلى قياس ما ذكره ابن رستم عن أبي يوسف الضمان على السائق أو القائد خاصة، وإن

صدمت فقتلت إنساناً فإن كان السائق [أو القائد] يسوق في ملك نفسه، فلا ضمان على أحد؛ لأن فعل الناخس أو الضارب بأمر السائق أو القائد مضافٌ إليه، والصدمة في الملك غير مضمونة على السائق والقائد والراكب.

وَإنْ كان يسوق أو يقود في طريق المسلمين، أو في ملك الغير، فهو على الاختلاف، وَإن وطئت إنساناً فقتلته، فهو على الاختلاف أيضاً، سواء كان سوقه أو قوده فيما أذن له بالسوق أو القود فيه، أو لم يكن؛ لأن الوطأة مضمونة على كل حال، والله تعالى أعلم.

وَإن وطئت تجيب القيمة بلا خلافٍ، لكن في قياس ظاهر الرواية على الناخس والضارب، وعلى السائق والقائد نصفان، وعلى قياس رواية ابن سماعة عن أبي يوسف على السائق والقائد خاصة، والله تعالى أعلم بالصواب.

ومن هذا القبيل جناية الحائط المائل إذا سقط على رجل فقتله، أو على متاع فأفسده، أو على دار فهدمها، أو على حيوان فعطب به، وجملة الكلام فيه أن الحائط لا يخلو إما إن بنى مستوياً مستقيماً ثم مال، وإما إن بنى مائلاً من الأصل، فإن بنى مستقيماً ثم مال، فميلانه لا يخلو إما أن يكون إلى الطريق، وَإما أن يكون إلى ملك إنسان، فإن كان إلى الطريق: لا يخلو من أن يكون نافذاً وهو طريق العامة، أو غير نافذ وهو السكة التي ليست بنافذة، فإن كان نافذاً فسقط فعطب به شيء مما ذكرنا، يجب الضمان على صاحب الحائط إذا وجد شرائط وجوبه، فيقع الكلام في سبب وجوب الضمان، وفي بيان شرائط الوجوب، وفي بيان ماهية الضمان الواجب وكيفيته.

أما الأول: فسبب وجوب الضمان هو التعدي بالتسبيب إلى الإتلاف بترك النقص المستحق مع القدرة على النقص؛ لأنه إذا مال إلى طريق العامة فقد حصل الهواء في يد صاحب الحائط من غير فعله، وهو الطريق حق العامة؛ كنفس الطرق، فقد حصل حق الغير في يده بغير صنعه، فإذا طولب بالنقض فقد لزمه إزالة يده عنه بهدم الحائط، فإذا لم يفعل مع الإمكان، فقد صار متعدياً باستيفاء يده عليه؛ كثوب هبت به الريح فألقته في دار إنسان فطولب به، فامتنع من الرد مع إمكان الرد حتى هلك، يضمن لما قلنا؛ كذا هذا.

وقد روي عن جماعة من التابعين مثل الشعبي وشريح وَإبراهيم وغيرهم - رحمهم الله - أنهم قالوا: إذا تقدم إليه في الحائط فلم يهدمه، وجب عليه الضمان، والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب.

فصل في شرائط الوجوب

وأما شرائط الوجوب: فمنها المطالبة بالنقض؛ حتى لو سقط المطالبة فعطب به شيء لا

ضمان على صاحب الحائط؛ لأن الضمان يجب بترك النقض المستحق؛ لأنه به يصير متعدياً في التسبيب إلى الإتلاف، ولا يثبت الاستحقاق بدون المطالبة، وصورة المطالبة هي أن تتقدم إليه واحد من عرض الناس، فيقول له: إن حائطك هذا مائل أو مخوف فارفعه، فإذا قال ذلك لزمه رفعه؛ لأن هذا حق العامة، فإذا قام به البعض صار خصماً عن الباقين، سواء كان الذي تقدم إليه مسلماً أو ذميًا، حرًا أو عبداً، بعد أن كان أذن له مولاه بالخصومة فيه، بالغاً أو صبيًا بعد أن كان عاقلاً، وقد أذن له وليه بالخصومة فيه، لأن الطريق حق جميع أهل الدار، فكان لكل واحد من أهل الدار حق المطالبة بإزالة سبب الضرر عنه، إلا أنه لا بد من عقل الطالب وكونه مأذوناً بالتصرف؛ لأن كلام المجنون والمحجور عليه غير معتبرٍ في الشرع، فكان ملحقاً بالعدم، وينبغي أن يشهد على الطلب.

وتفسير الإشهاد ما ذكره محمد ـ رحمه الله ـ وهو أن يقول الرجل: اشهدوا أني قد تقدمت إلى هذا الرجل في هدم حائطه هذا، والإشهاد للتحرز عن الجحود والإنكار؛ لجواز أن ينكر صاحب الحائط المطالبة بالنقض؛ فتقع الحاجة إلى الإشهاد لإثبات الطلب عند القاضي لا لصحة الطلب، فإن الطلب يصح بدون الإشهاد؛ حتى لو اعترف صاحب الدار بالطلب يجب عليه الضمان وإن لم/ يشهد عليه؛ وكذا إذا أنكر يجب عليه الضمان فيما بينه وبين الله ـ سبحانه وتعالى ـ. ٣/١٤٣أ

ونظيره ما قلنا في الشفعة أن الشرط فيها الطلب لا الإشهاد، وإنما الإشهاد للحاجة إلى إثبات الطلب على تقدير الإنكار؛ حتى لو أقر المشتري بالطلب يثبت حق الشفعة، وإن لم يشهد على الطلب؛ وكذا لو جحد الطلب يثبت الحق له فيما بينه وبين الله تبارك وتعالى؛ وكذا الإشهاد في باب اللقطة على أصل أبي حنيفة ـ رحمه الله ـ من هذا القبيل، وقد ذكرنا ذلك في «كتاب اللقطة».

ولو طولب صاحب الحائط بالنقض، فلم ينقض حتى سقط إلى الطريق، فعثر بنقضه إنسان فعطب به، فإن كان قد طولب برفع النقض، يضمن؛ لأنه إذا طولب بالرفع لزمه الرفع، فإذا لم يرفع صار متعدياً، فيضمن ما تولد منه، وإن كان لم يطالب برفعه، لا ضمان عليه عند أبي يوسف، وعند محمد يضمن.

وجه قول محمد أنه لما طولب بالنقض فلم ينقض حتى سقط صار متعدياً بترك النقض، فحصل التلف بسبب هو متعد فيه فيضمن؛ ولهذا ضمن إذا وقع على إنسان؛ كذا إذا عطب بنقضه إنسان.

وجه قول أبي يوسف أن الحائط قد زال عن الموضع الذي طولب فيه؛ لانتقاله عن محل الجناية، وهو الهواء، إلى محل آخر بغير صنع صاحبه، فلا بد من مطالبة أخرى؛ كمن وضع

حجراً في الطريق فدحرجته الريح إلى موضع آخر، فعطب به إنسانٌ أنه لا ضمان على الواضع؛ كذا ههنا؛ بخلاف ما إذا سقط على إنسان؛ لأنه لما زال عن محل المطالبة وهو الهواء الذي هو محل الجناية، فلا يحتاج إلى مطالبة أخرى.

وَإن كان الطريق غير نافذٍ، فالخصومة إلى واحد من أهل تلك السكة؛ لأن الطريق حقهم، فكان لكل واحد منهم ولاية التقدم إلى صاحب الحائط.

وَإن كان ميلان الحائط إلى ملك رجل، فالمطالبة بالنقض والإشهاد إلى صاحب الملك؛ لأن هواء ملكه حقه، وقد شغل الحائط حق صاحب الملك، فكانت المطالبة بالتفريغ إليه، فإن كان في الدار ساكن كالمستأجر والمستعير، فالمطالبة والإشهاد إلى الساكن، فيشترط طلب الساكن أو المالك؛ لأن الساكن له حق المطالبة بإزالة ما يشغل الدار، فكان له ولاية المطالبة بإزالة ما يشغل الهواء أيضاً.

ولو طولب صاحب الحائط بالنقض، فاستأجل الذي طالبه أو استأجل القاضي فأجله، فإن كان ميلان الحائط إلى الطريق، فالتأجيل باطلٌ، وَإن كان ميلانه إلى دار رجل، فأجله صاحب الدار، أو أبرأه منه، أو فعل ذلك ساكن الدار ـ فذلك جائز، ولا ضمان عليه فيما تلف بالحائط، والله أعلم.

ووجه الفرق بينهما أن الحق في الطريق لجماعة المسلمين، فإذا طالب واحد منهم بالنقض، فقد تعلق الضمان بالحائط لحق الجماعة، فكان التأجيل والإبراء إسقاطاً لحق الجماعة، فلا يملك ذلك، بخلاف ما إذا كان الميلان إلى دار إنسان؛ لأن هناك الحق لصاحب الدار خاصة، وكذلك الساكن، فكان التأجيل والإبراء منه إسقاطاً لحق نفسه فيملكه، وكذلك لو وضع رجل في دار غيره حجراً أو حفر فيها بئراً أو بنى فيها بناءً، وأبرأه صاحب الدار منه، كان بريئاً، ولا يلزمه ما عطب بشيء من ذلك، سواء عطب به صاحب الدار أو داخل دخل؛ لأن الحق له فيملك إسقاطه؛ كأنه فعل ذلك بإذنه.

ومنها: أن يكون المطالب بالنقض ممن يلي النقض؛ لأن المطالبة بالنقض ممن لا يلي النقض سفه، فكان وجودها والعدم بمنزلة واحدة، فلا تصح مطالبة المستودع والمستعير والمستأجر والمرتهن؛ لأنه ليس لهم ولاية النقض، فتصح مطالبة الراهن؛ لأن له ولاية النقض لقيام الملك فينقض، ويقضي الدين، فيصير متعدياً بترك النقض.

وتصح مطالبة الأب والوصي في هدم حائط الصغير؛ لثبوت ولاية النقض لهما، فإن لم ينقضا حتى سقط يجب الضمان على الصبي؛ لأن التلف بترك النقض المستحق على الولي؛ والوصي مضاف إلى الصبي؛ لقيامهما مقام الصبي، والصبي مؤاخذ بأفعاله، فيضمن، وتتحمل عنه عاقلته فيما تتحمل العاقلة، ويكون في ماله فيما لا تتحمله العاقلة كالبالغ سواء.

وعلى هذا يخرج ما إذا كان الحائط المائل لجماعة فطولب بعضهم بالنقض، فلم ينقض حتى سقط، فعطب به شيءٌ، أن القياس أن لا يضمن أحد منهم شيئاً.

وفي الاستحسان: يضمن الذي طولب.

وجه القياس أنه لم يوجد من أحد منهم ترك النقض المستحق.

أما الذين لم يطالبوا بالنقض، فظاهر، وأما الذي طولب به؛ فلأن أحد الشركاء لا يلي النقض بدون الباقين.

وجه الاستحسان: أن المطالب بالنقض ترك النقض مع القدرة عليه؛ لأنه يمكنه أن يخاصم الشركاء ويطالبهم بالنقض إن كانوا حضوراً، وَإن كانوا غيباً يمكنه أن يرفع الأمر إلى القاضي؛ حتى يأمره القاضي بالنقض؛ لأن فيه حقًّا لجماعة المسلمين، والإمام يتولى ذلك لهم، فيأمر الحاضر بنقض نصيبه ونصيب الغائبين، فَإذا لم يفعل فقد صار متعدياً/ بترك النقض المستحق، فيضمن ما تولد منه، لكن بقدر حصته من الحائط في قول أبي حنيفة ـ رحمه الله ـ، وفي قولهما عليه ضمان النصف.

٣/٤٣ب

وَجْهُ قولهما أن أنصباء الشركاء الآخرين لم يجب بها ضمان، فكانت كنصيب واحد؛ كمن جرحه رجل وعقره سبع ونهشته حية، فمات من ذلك كله أن على الجارح النصف؛ لأن عقر السبع ونهش الحية لم يجب بهما ضمان، فكانا كالشيء الواحد؛ كذا هذا.

ولأبي حنيفة ـ رضي الله عنه ـ أن التلف حصل بثقل الحائط، وليس ذلك معنى مختلفاً في نفسه، فيضمن بمقدار نصيبه، والله تعالى أعلم.

ومنها: قيام ولاية النقض وقت السقوط، ولا يكتفي بثبوتها وقت المطالبة؛ لأنه إنما يصير متعدياً بترك النقض عند السقوط؛ كأنه أسقطه، فإذا لم يبق له ولاية النقض عند السقوط، لم يصر متعدياً بترك النقض، فلا يجب الضمان عليه.

وعلى هذا يخرج ما إذا طولب بالنقض، فلم ينقض حتى باع الدار التي فيها الحائط من إنسان، وقبضه المشتري أو لم يقبضه، ثم سقط على شيء فعطب به ـ أنه لا ضمان على البائع؛ لانعدام ولاية النقض وقت السقوط بخروج الحائط عن ملكه، ولا على المشتري أيضاً؛ لانعدام المطالبة في حقه، فرق بين هذا وبين ما إذا شرع جناحاً إلى الطريق، ثم باع الدَّار مع الجناح، ثم وقع على إنسان ـ أنه يضمن البائع. ووجه الفرق: أن وجوب الضمان هناك على البائع قبيل البيع؛ لكونه متعدياً بإشراع الجناح، والإشراع على حاله لم يتغيَّر، فلا يتغير ما تعلق به من الضَّمان ووجوب الضَّمان؛ لكونه متعدياً بترك النّقض المستحق، وذلك عند سُقُوط الحائط، وقد بطل الاستِحْقَاق بالبيع، فلم يوجَد التَّعدي عند السُّقوط بترك النَّقْض، فلا يجب الضمان.

وعلى هذا يخرج ما إذا طولب الأب بنَقْض حائطِ الصغير، فلم ينقض حتى مات الأب، أو بلغ الصبي، ثم سقط الحائط ـ أنه لا ضَمَان فيه؛ لأن قيام الوِلاَية وقْت السقوط شرط، وقد بطلت بالموت والبلوغ، والله تعالى أعلم.

ومنها: إمكان النَّقض بعد المطَالبَة؛ وهو أن يكون سقوط الحائط بعد المطَالبَة بالنقض في مدَّة يمكنه نقضه فيها؛ لأن الضمان يجب بتَرْك النَّقض الواجب، ولا وجوب بدون الإمكان، حتى لو طولب بالنقض فلم يفرط في نقْضه، ولكنه ذهب يطلب من ينقضه، فسقط الحائط فتلف به شيء ـ لا ضمان عليه؛ لأنه إذا لم يتمكّن من النَّقض لم يكن بترك النقض متعدياً، فبقي حق الغير حاصلاً في يده بغير صنعة، فلا يكون مضموناً عليه، والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب.

فصـــــل

وأما بيان ماهية الضَّمان الواجب بهذه الجنَاية وكيفيته؛ فالواجب بهذه الجِنَاية ما هو الوَاجِب بجنسِها من جناية الحَافِر ومن في معناه، وجناية السائق والقائد والناخس، وهو ما ذَكَرْنا أن الجناية إن كانت على بَنِي آدم وكانت ـ فالواجب بها الدِّية، وإن كانت ما دون النَّفس فالواجب بها الأرش، فإذا بلغ الواجب بها نصف عُشْر دية الذكر وهو عشر دية الأنثى فما فوقه ـ تتحمله العاقلة ولا تتحمل ما دُون ذلك، ولا ما يجب بالجناية على غير بني آدم، بل يَكُون في ماله لما بينا فيما تقدم؛ إلا أن ظهور الملك لصَاحِب الحائط في الدَّار عند الإنكار بحجَّة مطلقة، وهي البينة شرط تحمل العَاقِلة، حتى لو أنكرت العاقلة كون الدَّار ملكاً لصاحب الحَائِط ـ لا عقل عليهم حتى يقيم صَاحِب الدَّار البينة على الملك، كذا ذكر محمد ـ رحمه الله ـ فقال: لا تضمن العَاقِلة حتى يشهد الشُّهود على ثلاثة أشياء: على التقديم إليه[على أنه مات] من سُقُوط الحائط؛ وعلى أن الدار له يريد به عند الإنكار. أما الشَّهادة على الملك فلأن الملك وإن كان ثابتاً له بظاهر اليد، لكن الظاهر لا يستحقّ به حقّ على غيره؛ إذ هو حجة للدَّفع لا حجَّة الاستحقاقِ؛ لحياة المفقود وغير ذلك، فلا بدّ من الإثبات بالبينة.

وعند زفر ـ رحمه الله ـ تتحمَّل العاقلة بظاهر اليَدِ، وهو على الاختلاف الذي ذكرنا في الشُّفعة.

وأما الشَّهادة على المطالبة؛ فلأن المطالبة شَرْط وجوب الضَّمان لما ذكرنا فيما تقدم، فلا بدَّ من إثباتها بالبينة عند الإنْكَار، وأما الشهادة على الموت من سُقُوط الحائطِ؛ فلأن به يظهر سَبَبَ وجوب الضَّمان، وهو التعدِّي؛ لأنه ما لم يعلم أنه مات من السُقوط لا يعلم كَوْن صاحب الحَائِط متعديًا عليه، والله أعلم.

فصل في القسامة(١)

هذا الذي ذَكَرْنا حكم قتل نفس علم قاتلها، فأما حُكْم نفس لم يعلم قاتلها فوجوب القَسَامة والدِّية عند عامة العُلَمَاءِ ـ رحمهم الله تعالى ـ، وعند مالكٍ ـ رحمه الله ـ: وجوب القَسَامة والقِصَاص، والكلام في القَسَامة يقع في مواضِع:

في تفسير القَسَامة وبيان محلها.

وفي بيان شَرَائِط وجوب القَسَامة والدية.

وفي بيان سَبَب وجوب القَسَامة والدية.

وفي بيان من يدخل في القَسَامة والدية.

وفي بيان ما يكون إبراء عن القسامة والدية.

٣/ ١٤٤أ

أما تفسير القسامة وبيان محلها: فالقَسَامة/ في اللُّغة تستعمل بمعنى الوَسَامة؛ وهي الحسن والجمال، يقال: فلان قسيم أي: حسن جَمِيل، وفي صفات النبي ـ عليه الصلاة والسلام ـ قسيم، وتستعمل بمعنى القسم وهو اليمين، إلا أن في عرف الشَّرع تستعمل في اليمين بالله ـ تبارك وتعالى ـ؛ بسبب مَخْصُوص وعدد مخصوص وعلى شخص مخصوص،

(١) القَسَامَةُ. في اللغة مأخوذة من القَسَم، وهو اليمين، والقَسَامَةُ الأَيْمَانُ نقسم على أولياء إذا ادّعوا الدم، يقال: قتل فلان بالقسامة إذا اجتمعت جماعة من أولياء القتيل، دعوا على رجل أنه قتل صاحبهم، ومعهم دليل دون البَيِّنة، فحَلفوا خمسين يميناً أن المدعى عليه قتل صاحبهم.

وفي اصطلاح الفقهاء هي الأيمان المُكَررة في دعوى القتل.

ذهب جمهور الفقهاء إلى أن القَسَامَةَ مشروعة، وقد استدلّوا على ذلك بأحاديث منها: ما روي عن سَهْلِ ابن أبي حثمة قال: انطلق عَبْدُ الله بن سهل، ومحيصة بن مسعود إلى «خيبر» وهي يومئذٍ صلح، فتفرقا، فأتى محيّصة إلى عبد الله بن سهل وهو يتشحَّط في دمه قتيلاً، فدفنه، ثم قدم «المدينة»، فانطلق عبد الرحمن بن سهل ومحيّصة وحويصة ابنا مسعود إلى النبي ﷺ فذهب عبد الرحمن يتكلّم فقال ﷺ «كبر كبر» وهو أحدث القوم، فسكت فتكلما، فقال: «أتحلفون وتستحقُّون دم صاحبكم، فقالوا: كيف نحلف ولم نشهد ولم نر؟ قال: فتبرئكم يهود بخمسين يميناً، فقالوا له: كيف نأخذ بأيمان قوم كفّار، فعقّله النبي ﷺ من عنده.

وفي رواية متفق عليهما قال ﷺ: «يقسم خمسون منكم على رَجُلٍ منهم، فيدفع برمته» فقالوا: أمر لم نشهده، كيف نحلف؟ قال فتبرئكم يهود بأيمان خمسين منهم قالوا: يا رسول الله قوم كفار الحديث. فقوله ﷺ: «أتحلفون وتستحقون دم صاحبكم» دليل على مشروعية القَسَامَةِ، وإلى هذا ذهب جمهور الصحابة والتابعين، والعلماء من «الحجاز» و«الكوفة» و«الشام» كما حكى ذلك القاضي ـ عَيَاضٌ: ولم يختلفوا في الجملة؛ ولكن اختلفوا في التفاصيل.

وهو المدعى عليه على وجه مخصوص، وهو أن يقول خمسون من أهل المحلة إذا وجد قتيل فيها: بالله ما قتلناه ولا علمنا له قاتلاً، فإذا حلفوا يغرمون الدِّية، وهذا عند أصحابنا ـ رحمهم الله ـ.

وقال مالك ـ رحمه الله ـ: إن كان هُنَاك لوث يستحلف الأَوْلياء خمسين يميناً، فإذا حلفوا يقتص من المدعى عليه.

وتفسير اللوث[1] عنده أن يكون هناك علامة القَتْل في واحدٍ بعينه، أو يكون هناك عداوة ظَاهِرة.

وقال الشافعي ـ رحمه الله ـ: إن كان هناك لوث، أي عداوة ظاهرة، وكان بين دخوله المحلّة وبين وجوده قتيلاً مدة يسيرة، يقال للولي: عين القاتل فإن عيّن القاتل يقال للولي: احْلِف خمسين يميناً، فإن حلف فله قولان: في قول: يقتل القَاتِل الذي عينه كما قال مالك ـ رحمه الله ـ، وفي قول: يغرمه الدية؛ فإن عدم أحد هذين الشَّرطين اللذين ذكرناهما يحلف أهل المحلة، فإذا حلفوا لا شيء عليهم كما في سائر الدَّعَاوى.

احتجَّا لوجوب القَسَامة على المدعي بحديث سَهْل بن أبي خيثمة أنه قال: وجد عبد الله بن سَهْل[2] قتيلاً في قليب[3] خيبر فجاء أخُوه عبد الرحمن بن سَهْل وعماه حُوَيِّصَة وَمُحَيِّصَة إلى رسول الله ـ ﷺ ـ فَذَهَبَ عَبْدُ الرحمن يتكلّم عند النبيِّ ـ عليه الصلاة والسلام ـ فقال عليه الصلاة والسلام: «**الكُبْرَ الكُبْرَ**» فتكلّم أَحَدُ عَمَّيْهِ، إمَّا حُوَيِّصَةُ وَإمَّا مُحَيِّصَةُ الكَبِيرُ مِنهُمَا، فَقَالَ: يَا رَسُولَ الله، إنَّا وَجَدْنَا عَبْدَ الله قَتِيلاً في قَلِيبٍ مِنْ قليب خَيْبَرَ، وَذَكَرَ عَدَاوَةَ اليَهُودِ لَهُمْ، فَقَالَ عَلَيْهِ الصَّلاَةُ وَالسَّلاَمُ: يَحْلِفُ لَكُمُ اليَهُودُ خَمْسِينَ يَمِيناً أَنَّهُمْ لَمْ يَقْتُلُوهُ، فَقالُوا: كَيْفَ نَرْضَىٰ بِأَيْمَانِهِمْ وَهُمْ مُشْرِكُونَ؟ فَقَالَ عَلَيْهِ الصَّلاَةُ وَالسَّلاَمُ: «**فَيُقْسِمُ مِنْكُم خَمْسُونَ أَنَّهُمْ قَتَلُوهُ، فَقَالُوا: كَيْفَ نُقْسِمُ عَلَى مَا لَمْ نَرَهُ؟! فَوَدَاهُ ـ عَلَيْهِ الصَّلاَةُ وَالسَّلاَمُ مِنْ عِنْدِهِ**»[4].

---

(١) اللَّوْثُ ـ بِالْفَتْحِ: الْقُوَّةُ، قال الأعشى:

بِـذَاتِ لَـوْثٍ عَـفَـرْنَـاةٍ إذا عَـثَـرتْ ... فالتَّعْسُ أَدْنَى لَـها مِنْ أَنْ يُقَـالَ لَـعَا

وَمِنْهُ سُمِّيَ الأَسَدُ لَيْثاً، فَاللَّوْثُ: قُوَّةُ جَنبَةِ الْمُدَّعِي. وَأَمَّا اللُّوثُ ـ بِالضَّمِّ ـ فَهُوَ الاسْتِرْخَاءُ. وَاللُّوثَةُ: مَسُّ جُنُونٍ. ينظر النظم ٢/٣٦٠.

(٢) عبد الله بن سهل صحابي قال ابن إسحاق: أنه خرج مع أصحابه إلى خيبر يمتارون فوجد في عين قد كسرت عنقه ثم طرح فيها.
ينظر «التقريب» (١/٤٢١) و«التهذيب» (٥/٢٤٧) والإصابة (٤/١٠٦).

(٣) قليب: بئر.

(٤) أخرجه مالك (٢/٨٧٧ ـ ٨٧٨) كتاب القسامة: باب تبرئة أهل الدم في القسامة حديث (١) والبخاري =

ووجه الاستدلال بالحديث: أنه ـ عليه الصلاة والسلام ـ عرض الأيمان على أولياء القتيل، فدلَّ أن اليمين على المدعي.

ولما: ما روي عن زياد بن أبي مريم أنه قال: «جَاءَ رَجُلٌ إِلَىٰ النَّبِيِّ ـ عَلَيْهِ الصَّلاَةُ وَالسَّلاَمُ ـ فَقَالَ: يَا رَسُولَ الله، إِنِّي وَجَدْتُ أَخِي قَتِيلاً فِي بَنِي فُلاَنٍ، فَقَالَ عَلَيْهِ الصَّلاَةُ وَالسَّلاَمُ: «**اجْمَعْ مِنْهُمْ خَمْسِينَ، فَيَحْلِفُونَ بالله مَا قَتَلُوهُ، وَلاَ عَلِمُوا لَهُ قَاتِلاً**»، فَقَالَ: يَا رَسُولَ الله، لَيْسَ لِي مِنْ أَخِي إِلاَّ هَذَا، فَقَالَ: بَلْ لَكَ مِائَةٌ مِنَ الإِبِلِ»[١] فَدَلَّ الحديث على وجُوب القَسَامَة على المدَّعى عليهم وهم أهل المحلة، لاعلى المدعي، وعلى وجوب الدية عليهم مع القَسامة.

وروي عن ابن عباس رضي الله عنهما أنه قال: وجد قَتِيل بخيبر، فقال ـ عليه الصلاة والسلام ـ: «**اخْرُجُوا مِنْ هَذَا الدَّمِ**»، فقالت اليهود: قد كان وجد في بني إسرائيل على عهْد

= (١٢/ ٢٢٩) كتاب الديات: باب القسامة حديث (٦٨٩٨) ومسلم (٣/ ١٢٩١) كتاب القسامة والمحاربين والقصاص والديات: باب القسامة حديث (١/ ١٦٦٩) وأبو داود (٤/ ٦٥٥) كتاب الديات: باب القتل بالقسامة حديث (٤٥٢٠) والترمذي (٤/ ٣٠ ـ ٣١) كتاب الديات: باب ما جاء في القسامة حديث (١٤٢٢) والنسائي (٨/ ٥ ـ ٧) كتاب القسامة: باب تبرئة أهل الدم في القسامة، وابن ماجة (٢/ ٨٩٢، ٨٩٣) كتاب الديات: باب القسامة حديث (٢٦٧٧) والحميدي (١/ ١٩٦ ـ ١٩٧) رقم (٤٠٣) وأحمد (٤/ ٣) وابن الجارود في «المنتقى» رقم (٧٩٨، ٧٩٩، ٨٠٠) وابن حبان (٥٩٧٧ ـ الإحسان) والدارقطني (٣/ ١٠٩) كتاب الحدود والديات حديث (٩٥) والبيهقي (٨/ ١٢٦ ـ ١٢٧) كتاب القسامة: باب ما جاء في القتل بالقسامة والبغوي في «شرح السنة» (٥/ ٤١٤ ـ بتحقيقنا) كلهم من حديث سهل بن أبي حثمة قال: انطلق عبد الله بن سهل ومحيصة بن مسعود إلى خيبر وهي يومئذٍ صلح فتفرقا فأتى محيصة إلى عبد الله بن سهل وهو يتشحط في دمه قتيلاً فدفنه ثم قدم المدينة فانطلق عبد الرحمن بن سهل ومحيصة وحويصة ابنا مسعود إلى النبي ﷺ فذهب عبد الرحمن يتكلم فقال النبي ﷺ كبر كبر وهو أحدث القوم فسكت فتكلما قال: أتحلفون وتستحقون قاتلكم أو صاحبكم فقالوا: وكيف نحلف ولم نشهد ولم نر؟ قال فتبرئكم يهود بخمسين يميناً فقالوا: كيف نأخذ أيمان قوم كفار؟ فعقله النبي ﷺ من عنده.

(١) لم أجده بهذا الإسناد.

وزياد بن أبي مريم قال الحافظ في التقريب (٢١١١): وثقه العجلي من السادسة ولم يثبت سماعه من أبي موسى.

وقال الذهبي في الميزان (٣/ ١٣٦): «فيه جهالة وقد وثق لكن ورد من طريق الزهري عن أبي سلمة بن عبد الرحمن وسليمان بن يسار عن أناس من أصحاب النبي ﷺ فقد أخرجه مسلم (٣/ ١٢٩٥) كتاب القسامة: باب القسامة حديث (٧، ٨/ ١٦٧٠) والنسائي (٨/ ٥) كتاب القسامة: باب القسامة من طريق الزهري عن أبي سلمة بن عبد الرحمن وسليمان بن يسار عن أناس من أصحاب رسول الله ﷺ أن القسامة كانت في الجاهلية فأقرها رسول الله ﷺ على ما كانت عليه وقضى بها بين أناس من الأنصار في قتيل ادعوه على يهود خيبر.

سيدنا موسى ـ عليه الصلاة والسلام ـ فقضى في ذلك، فإن كنت نبياً فاقْض، فقال لهم النبيُّ ـ عليه الصلاة والسلام ـ: «**تَحْلِفُونَ خَمْسِينَ يَمِيناً ثُمَّ يَغْرَمُونَ الدِّيَةَ**»[١] فقالوا: قضيت بالنَّاموس، أي: بالوحيِ، وهذا نص في الباب، وبه يبطل قول مالك ـ رحمه الله ـ بإيجاب القِصَاص به؛ لأن النبي ـ عليه الصلاة والسلام ـ غرمهم الدِّية لاَ القِصَاص، ولو كان الوَاجِبِ هو القصاص لغرمهم القِصَاص لا الدِّية.

وروي أن سيدنا عمر ـ رضي الله عنه ـ حكم في قتيل وُجِد بين قريتين، فطرحه على أقربهما وألزم أهل القرية القَسَامة والدية؛ وكذا روي عن سيدنا علي ـ رضي الله عنهم، ـ ولم ينقل الإنكار عليهما من أحدٍ من الصَّحابة ـ رضي الله عنهم ـ، فيكون إجماعاً.

وأما حَدِيث سهل ففيه ما يدلُّ على عدم الثُّبوت؛ ولهذا ظهر النَّكير فيه من السَّلف، فإن فيه أنه ـ عليه الصلاة والسلام ـ دَعاهم إلى أيمان اليهود فقالوا: كيف نرضى بأيمانهم وهم مُشْرِكون؟ وهذا يجري مجرى الردِّ لما دعاهم إليه، مع ما أن رضا المدعي لا مدخل له في يَمِينِ المُدَّعى عليه، وفيه أيضاً أنه لما قال لهم: يحلف منكم خَمْسُون أنهم قتلوه، قالوا: كيف نحلف على ما لم نشهد.

وهذا أيضاً يجري مجرى الرد؛ لقوله ـ عليه الصلاة والسلام ـ؛ ثم إنهم أنكروا ذلك لعدم علمهم بالمَحْلُوف عليه ورسول الله ـ ﷺ ـ كان يعلم أنهم لا علم لهم بذلك، فكيف استجاز عرض اليَمين عليهم، ولئن ثبت فهو مؤوّل، وتأويله أنهم لما قالوا: لا نرضى بأيْمَان اليَهُود، فقال لهم ـ عليه الصلاة والسلام: يحلف منكم خَمْسُون على الاسْتِفْهَام، أي: أيحلف؛ إذ الاستفهام قد يكون بحَذْف حرف الاستفهام كما قال الله تعالى جلَّ شأنه: ﴿تُرِيدُونَ عَرَضَ الدُّنْيَا﴾ [الأنفال:٦٧] أي أتريدون. كما روي في بعض ألْفاظ حديث سهل: «**أَتَحْلِفُونَ وَتَسْتَحِقُّونَ دَمَ صَاحِبِكُمْ**»؟ عَلى سبيل الردّ والإنْكَار عليهم[٢]؛ كما قال الله تبارك وتعالى: ﴿أَفَحُكْمَ الجَاهِلِيَّةِ يَبْغُونَ﴾ [المائدة:٥٠] حملناه على هذا توفيقاً بين الدَّلائل، والحديث المشْهُور/ دليلٌ على ما قلنا، وهو قوله ـ عليه الصلاة والسلام ـ: «**البَيِّنَةُ عَلَى المُدَّعِي وَاليَمِينُ عَلى المُدَّعَىٰ عَلَيْهِ**»[٣] جعل جِنْس اليمين على المدَّعى عليه، فينبغي ألاَّ يكون شيء من الأيمان على المدَّعي. ٣/ ٤٤ب

---

(١) ورواه البيهقي في الكبرى (٨/ ١٢٣) من طريق الكلبي عن أبي صالح عن ابن عباس مختصراً.
وقال: فهذا لا يحتج به الكلبي متروك وأبو صالح هذا ضعيف.
وعزاه الزيلعي في نصب الراية (٤/ ٣٩٤) إلى الدارقطني ونقل قول الدارقطني: «الكلبي متروك».

(٢) تقدم. (٣) تقدم.

فإن قيل: روي عنه ـ عليه الصلاة والسلام ـ أنَّهُ قال: «**البَيِّنَةُ عَلَى المُدَّعِي وَاليَمِينُ عَلَى المُدَّعَىٰ عَلَيْهِ، إلاَّ فِي القَسَامَةِ**»[١] استثنى القَسَامة، فينبغي ألاَّ تكون اليمين على المدعى عليه في القَسَامة؛ لأنَّ حكم المستثنى يخالف حُكْم المستثنى منه.

فالجواب: أن الاستثناء لو ثَبَتَ فله تأْوِيلاَن أحدهما: اليمين على المدَّعى عليه بعينه إلا في القَسَامة، فإنه يحلف من يدعي[٢] عليه القَتْل بعينه.

والثاني: اليمين كل الوَاجِب على المدَّعى عليه إلا في القَسَامة فإنه تجب معها الدِّية، والله تعالى أعلم. وإنما جمعنا في القَسَامة بين اليمين البَتَات والعلم إلى آخره؛ لأن إحدى اليمينين كانت على فِعْلهم فكانت على البَتَات؛ والأخرى على فعل غيرهم فكانت على العلم، والله تعالى عز وجل أعلم.

فإن قيل: أي فائدة في الاستِحْلاف على العلم، وهم لو علموا القاتل فأخبروا به، لكان لا يقبل قولهم؛ لأنهم يسقطون به الضَّمان عن أنْفسهم، فكانوا متهمين دافعين الغُرْم عن أنفسهم، وقد قال ـ عليه السلام ـ «**لاَ شَهَادَةَ لِلْمُتَّهَمِ**»[٣] وقال عليه الصلاة والسلام: «**لاَ شَهَادَةَ لِجَارِ المَغْنَمِ، وَلاَ لِدَافِعِ المَغْرَمِ**»[٤] قيل: إنما استحلفوا على العلم اتباعاً للسنة؛ لأن السنة هكذا ورَدَتَ لما روينا من الأخبار، فاتبعنا السنة من غير أن نعقل فيه المعنى.

ثم فيه فائدة من وَجْهَين: أحدهما: أن من الجَائِزِ أن يكون القَاتِل عبداً لواحد منهم، فيقر عليه بالقَتْل فيقبل إقراره؛ لأن إقرار المَوْلى على عبده بالقَتْل الخطأ ـ صحيح؛ فيقال له: ادفعه أو افده، ويسقط الحكم عن غيره، فكان التَّحْلِيف على العلم مفيداً، وجائز أن يقر على عَبْد

---

(١) تقدم.

(٢) في ط: لم يدع.

(٣) لم أجده بهذا اللفظ.

لكن روى الترمذي في سننه (٤/ ٥٤٥) كتاب الشهادات، باب ما جاء فيمن لا تجوز شهادته الحديث (٢٢٩٨) والدارقطني (٤/ ٢٤٤).

والبيهقي (١٠/ ١٥٥) كتاب الشهادات، باب من قال لا تقبل شهادته.

من طريق مروان بن معاوية الفزاري عن يزيد بن زياد الدمشقي عن الزهري عن غروة عن عائشة قالت: قال رسول الله ﷺ: «لا تجوز شهادة خائن ولا خائنة ولا مجلود حداً ولا مجلودة ولا ذي غمر لأخيه ولا مجرب شهادة ولا القانع أهل البيت لهم ولا ظنين في ولاء ولا قرابة».

ورواه أبو داود (٣/ ٣٠٦) كتاب الأقضية، باب من ترد شهادته رقم (٣٦٠١) وابن ماجه (٢/ ٧٩٢) كتاب الأحكام، باب من لا تجوز شهادته الحديث (٢٣٦٦).

والبيهقي في الكبرى (١٠/ ١٥٥) كتاب الشهادات، باب من قال لا تبطل شهادته.

من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده مرفوعاً.

(٤) تقدم تخريجه.

غيره، ويصدقه مَوْلاه فيؤمر بالدفع أو الفداء، ويسقط الحُكْم عن غيره فكان مفيداً، فجاز أن يكون التَّحْلِيف على العِلْم لهذا المعنى في الأصل، ثم بقي هذا الحكم.

وإن لم يكن لواحدٍ من الحالفين عبد كالرَّمَلِ في الطَّواف؛ لأنه ـ عليه الصلاة والسلام ـ كان يرمل في الطَّواف؛ إظهاراً للجلادة والقوَّة مراآةً للكفرة بقوله ـ عليه الصلاة والسلام ـ: **«رَحِمَ الله امْرأً أظْهَرَ اليَوْمَ الجَلاَدَةَ مِنْ نَفْسِهِ»**[1] ثم زال ذلك اليَوْم، ثم بقي الرمل سنة في الطَّواف؛ حتى روي أن سيدنا عمر ـ رضي الله عنه ـ كان يرملُ في الطَّواف ويقول: ما أهز كَتِفي ولم أجد أحداً رأيته، لكني رأيت رسول الله ـ ﷺ ـ يفعل ذلك، كذا هذا.

والثاني: أنه لا يَمْتَنِع أن يكون واحدٌ منهم أمر صبيًا أو مجنوناً أو عبداً محجوراً عليه بالقَتْل، ولو أقر به ـ يلزَمُه في ماله، يحلف بالله ما علمت له قاتلاً، لأنه لو قال: علمت له قاتلاً وهو الصَّبي الذي أمره بقتله ـ لكان حاصل الضَّمان عليه، ويسقط الحكم عن غَيْرِه فكان مفيداً، والله تعالى أعلم.

فصل في شرائط وجوب القسامة

وأما شَرَائط وجوب القَسَامة والدِّية فأنواع:

منها: أن يكون المَوْجُود قتيلاً؛ وهو أن يكون به أثر القَتْل من جراحة أو أثر ضَرْب أو خنق، فإن لم يكن شيء من ذلك فلا قسامة فيه ولا دية، لأنه إذا لم يكن به أثر القتل فالظاهر أنه مات حتف أنفه، فلا يجب فيه شيء، فإذ احتمل أنه مَاتَ حتف أنفه، واحتمل أنه قتل احتمالاً على السواء؛ فلا يجِب شيء بالشَّك والاحتمال، ولهذا لو وُجَد في المعركة ولم يكن به أثر القَتْل لم يكن شهيداً حتى يغسل.

وعلى هذا قالوا: إذا وجد والدَّم يخرج من فمه أو من أنفه أو دبره أو ذكره ـ لا شيء فيه، لأن الدَّمُ يخرج من هذه المَواضِع عادة بدون الضَّرب بسبب القيءِ والرعاف وعارض آخر، فلا يعرف كونه قتيلاً؛ وإن كان يخرج من عينه أو أذنه، ففيه القسامة والدية؛ لأن الدم لا يخرج من هذه المَوَاضِع عادة، فكان الخروج مضافاً إلى ضرب حادثٍ فكان قتيلاً؛ ولهذا لو وجد هكذا في المعْرَكة كان شهيداً وفي الأول لا يكون شهيداً، ولو مر في محلة فأصابه سيف أو خنجر[2] فجرحه، ولا يدري من أي مَوْضِع أصابه، فحمل إلى أهله فمات من تلك الجِرَاحة، فإن كان لم يَزل صاحب فِرَاشٍ حتى مات ـ فعلى عاقلة القَبِيلةَ القَسَامَة والدية؛ وإن لم يكن صَاحِب فِرَاش، فلا قَسامة ولا دية، وهذا قولهما.

---

(١) تقدم في الحج.

(٢) في أ: حجر.

وقال أبو يوسف ـ رحمه الله ـ: لاَ قَسَامة فيه ولا ضَمَان في الوَجْهَين جميعاً، وهو قول ابن أبي ليلى ـ رحمه الله ـ.

وجه قول أبي يوسف: أن المجْرُوح إذا لم يمت في المحلّة، كان الحاصل في المحلة ما دون النَّفس، ولا قسامة فيما دون النفس؛ كما لو وجد مقْطُوع اليد في المحلة؛ ولهذا لو لم يكن صَاحِبِ فِرَاش فلا شيء فيه، كذا هذا.

وجه قول أبي حنيفة ـ رحمه الله ـ: أنه إذا لم يبرأ عن الجراحة، وكان لم يزل صاحب فِرَاش حتى مات ـ علم أنه مات من الجِرَاحة، فعلم أن الجِرَاحة حصلت قتلاً من حين وجُودها، فكان قتيلاً في ذلك الوقت؛ كأنه مات في المحلّة، بخلاف ما إذا لم يَكُن/ صاحبِ فِرَاش؛ لأنه إذا لم يصر صاحب فِرَاش لم يعلم أن الموت حَصَل من الجِرَاحة، فلم يوجد قتيلاً في المحلة فلا يثبت حكمه.

٣/ ١٤٥أ

وعلى هذا يخرج ما إذا وجد من القَتِيل أكثر بدنه، أن فيه القسامة والدية؛ لأنه يسمى قتيلاً؛ لأن للأكثر حكم الكلِّ.

ولو وجد عضوٌ من أعضائه كاليد والرِّجل، أو وجد أقل من نِصْف البدن. فلا قسامة فيه ولا دية؛ لأن الأقل من النصف لا يسمى قتيلاً؛ ولأنا لو أوجبنا في هذا القَدْر القسامة لأوجبنا في البَاقِي قسامة أخرى، فيؤدي إلى اجتماع قَسَامتين في نَفْس واحدةٍ، وهذا لا يجوز؛ وإن وجد النِّصف فإن كان النِّصف الذي فيه الرَّأس، ففيه القَسَامة والدية، وإن كان النصف الآخر فلا قسامة فيه ولا دية؛ لأن الرأس إذا كان مَعَهُ يسمى قتيلاً، وإذا لم يكن لا يسمَّى قتيلاً؛ لأن الرأس أصل؛ ولأنا لو أوجبنا في النِّصف الذي لا رأس فيه، للزمنا الإيجاب في النِّصف الذي معه الرأس، فيؤدِّي إلى ما قلنا.

وإن وجد الرأس وحده فلا قَسَامة ولا دية؛ لأن الرَّأس وحده لا يسمى قتيلاً، وإن وجد النِّصف مشقوقاً فلا شيء فيه؛ لأن النِّصف المشقُوق لا يسمى قتيلاً؛ ولأن في اعتباره إيجاب القَسَامتين على ما بينا، ونظير هذا ما قُلْنَا في صلاة الجنازة، إذا وجد أكثر البَدَن أو أقلّ أو نصفه على التَّفْصيل الذي ذكرنا، والله سبحانه وتعالى أعلم.

ومنها: ألاَّ يعلم قاتله، فإن علم فلا قَسَامة فيه، ولكن يجب القصاص إن كان قتيلاً يوجب القِصَاص، وتجب الدية إن كان قتيلاً يوجب الدِّية، وقد ذكرنا جَمِيع ذَلِك فيما تقدم.

ومنها: أن يكون القَتِيل من بَني آدم ـ عليه الصلاة والسلام ـ، فلا قَسَامة في بهيمة وُجدت في محلة قوم ولا غرم فيها؛ لأن لزوم القَسَامة في نفسها أمر ثبت بخلاف القياس؛ لأن تَكْرَار اليمين غير مشْرُوع، واعتبار عدد الخَمْسِين غير معقول؛ ولهذا لم يعتبر في سائر

الدَّعاوى، وكذا وجوب الدية معها؛ لأن اليمين في الشَّرع جعلت دافعة للاسْتِحْقاق بنفسها كما في سَائِر الدعاوى؛ إلا أنا عرفنا ذلك بالنُّصوص والإجماع في بني آدم خاصَّة، فبقي الأمر فيما وراءهم على الأصْل؛ ولهذا لم تجب القَسَامة والغرامة في سائر الأموال؛ كذا في البهائم.

وتجب في العَبْد القَسَامة والقيمة إذا وجد قتيلاً في غير ملك صاحبه؛ لأنه آدمي من كل وَجْهٍ؛ ولهذا يجب فيه القِصَاص في العمد والكَفَّارة في الخَطأ، وتغرم العاقلة قيمته في الخطأ، وهذا على أصلهما.

فأما على أصل أبي يوسف. فلا قسامة فيه ولا دية؛ لأن العَبْد عنده مضمونٌ بالخطأ من حيث إنه مال لا من حيث إنه آدمي؛ ولهذا قال: تجب قيمته في القَتْل الخطأ بالغة ما بلغت ولا تتحمل العاقلة فكان بمنزلة البهيمة وكذا الجواب في المدبّر وأم الولد والمكاتب والمأذون لما قلنا، وسواء كان القتيل مسلماً أو ذمياً، عاقلاً أو مجنوناً، بالغاً أو صبياً، ذكراً أو أنثى؛ لأنه عليه الصلاة والسلام ـ أطلق القضيَّة بالقَسَامَة والدية في مطلق قَتِيل أخبر به في بعض الأحاديث ولم يستفسر، ولو كان الحكم يخْتَلف لاستفسر؛ ولأن دم هؤلاء مَضْمُون بالقِصَاص والدية في العَمْد والخطأ فيكون مضموناً بالقَسَامة والدية، وسواء وجد المسلم قتيلاً في محلة المسْلمين أو في محلّة أهل الذمة؛ لأن عبد الله بن سَهْل الأنصاري ـ رضي الله عنه ـ وجد قتيلاً في قليب من قليب خيبر، وأوجب رسول الله ـ ﷺ ـ القِسَامَة على اليهود؛ وكذا الذمي. لأن لهم ما للمْسلِمين وعليهم ما عليهم، إلا ما خص[1] بدليلٍ.

ومنها الدعوى من أوْلياء القَتِيل؛ لأن القَسَامة يمين، واليمين لا تجب بدون الدَّعوى كما في سائر الدَّعاوى، والله سبحانه وتعالى أعلم.

ومنها: إنكار المدعى عليه؛ لأن اليمين وظيفة المنكر، قال ـ عليه الصلاة والسلام ـ: **«وَالْيَمِينُ عَلَىٰ مَنْ أَنْكَرَ»**[2] جعل جِنْس اليمين على المُنكر، فينفي وجُوبها على غير المُنكر.

ومنها المطالبة بالقَسَامة؛ لأن اليمين حقّ المدَّعي، وحق الإنسان يوفي عند طلبه كما في سائر الأيْمَان؛ ولهذا كان الاخْتِيَار في حال القَسَامة إلى أولياء القتيل؛ لأن الأيْمَان حقهم، فلهم أن يخْتَاروا من يتَّهمونه، ويستحلفون صالحي العَشِيرة الذين يعلمون أنهم لا يحلفون كذباً.

ولو طولب من عليه القَسَامة بها فنكل عن اليَمين، حبس حتى يحلف أو يقر؛ لأن اليمين في باب القَسَامة حق مقصود بنفسه، لا أنه وسيلة إلى المقْصُود وهو الدية؛ بدليل أنه يجمع بينه وبين الدية؛ ولهذا قال الحارث بن الأزمع لسيدنا عمر ـ رضي الله عنه ـ: أنبذل أيماننا وأموالنا؟ فقال: نعم.

---

(١) في ط: نص.

(٢) تقدم.

وروي أن الحارث قال: أما تجزى هَذِه عن هذه؟ فقال لا.

وروي أنه قال: فبم يبطل دم صَاحبكم؟ فإذا كانت مقْصُودة بنفسها فمن امتنع عن أداءِ حق/ مقْصُود بنفسه وهو قادر على الأداء يجبر عليه بالحَبْس؛ كمن امتنع عن قضاء دين عليه مع القدرة على القضاء، بخلاف اليمين في سائر الحقوق؛ فإنها ليست مقصودة بنفسها بل هي وسيلة إلى المقْصُود وهو المال المدعي.

٣/٤٥ب

ألا ترى أنه لا يجمع بينهما، بل إذا حلف المدعى عليه برىء، أو لا ترى أنه إذا لم يحلف المدعى عليه ولم يقرّ وبذل المال ـ لا يلزمه شيء، وههنا لو لم يحْلِفُوا ولم يقرؤوا وبذَلُوا الدية لا تَسْقُط عنهم القسامة، فدل أنها مقصودة بنفسها فيجبرون عليها بالحبس.

وروي عن أبي يوسف: أنهم لا يحبسون والدِّية على العَاقلة. ذكره القاضي في شرحه مختصر الطحاوي ـ رحمه الله ـ، وذكر فيه أيضاً: أن الإمام إذا أيس عن الحَلْف وسأله الأولياء أن يغرمهم الدية ـ يقضي عليهم بالدِّية، والله تعالى أعلم.

ومنها: أن يكون المؤضع الذي وجد فيه القَتِيل ملكاً لأحد أو في يد أحدٍ، فإن لم يكن ملكاً لأحد ولا في يد أحد أصلاً ـ فلا قَسَامة فيه ولا دية، وإن كان في يد أحد، يد العموم لا يد الخُصُوص؛ وهو أن يكون التصرُّف فيه لعامة المسلمين لا لواحد منهم ولا لجماعة يحصون ـ لا تجب القَسَامة وتجب الدِّية، وإنما كان كذلك لأن القَسَامة أو الدية إنما تَجِبُ بترك الحفظ اللاَّزم على ما نذكر، فإذا لم يكن ملك أحدٍ ولا في يد أحد أصلاً، لا يلزم أحداً حفظه، فلا تجب القَسَامة والدية، وإذا كان في يد العَامَّة فحفظه على العامة، لكن لا سبيل إلى إيجاب القَسَامة على الكلِّ، لتعذر الاستيفاء من الكلِّ وأمكن إيجاب الدية على الكل؛ لإمكان الاستيفاء منهم بالأخذ من بيت المال؛ لأن مَالَ بيت المال مالهم، فكان الأخذ من بيت المَالِ استيفاء منهم.

وعلى هذا يخرج ما إذا وجد القتيل في فَلاَة من الأرض ليس بملك لأحدٍ ـ أنه لا قَسَامة فيه ولا دية، إذا كان بحَيْث لا يسمع الصَّوت من الأمْصار ولا من قرية من القرى؛ فإن كان بحيث يسمع الصوت، تجب القَسَامة على أقرب المَواضع إليه، فإن كان أقرب إلى القُرَى فعلى أقرب القرى، وإن كان أقرب إلى المصر فعلى أقرب محال المصر إليه؛ لأنه إذا كان بحيث لا يسمع الصَّوت والغوث، لا يلحق ذلك الموضع، فلم يكن الموضع في يد أحدٍ، فلم يوجد القَتِيل في ملك أحد ولا في يد أحد أصلاً، فلا تجب فيه القَسَامة ولا الدية؛ وإذا كانت بحيث يسمع الصَّوت والغوث، يلحق فكان من توابع أقرب المَوَاضع إليه؛ وقد ورد باعتبار القرب حديث عنه ـ عليه الصلاة والسلام ـ، وقضى به أيضاً سيدنا عمر ـ رضي الله عنه ـ على ما نذكر.

ولو وجد في نهرٍ عظيم كدجلة والفرات وسيحون ونحوها؛ فإن كان النهر يجري به، فلا قَسَامة ولا دية؛ لأن النَّهر العظيم ليس ملكاً لأحد ولا في يد أحد. وقال ـ زفر رحمه الله ـ: تجب على أقْرَب القُرَى من ذلك المَوْضع؛ كما إذا وجد على الدابَّة وهي تسير وليست في يدِ أحدٍ.

وهذا القِيَاس ليس بسديدٍ؛ لأن الموضع الذي تسير فيه الدَّابة تابع لأقرب المواضع إليه، فكان في يد أهله بخلاف النهر الكبير؛ فإنه لا يدخل تَحْتَ يد أحدٍ لا بالأصالة ولا بالتَّبعية.

وإن كان النهر لا يجري به، ولكنه كان محتبساً في الشطّ أو مربوطاً على الشط أو ملقى على الشط؛ فإن كان الشط ملكاً فحكمه حُكْم الأرض المملوكة أو الدار المملوكة إذا وُجِد فيها قتيل، وسنذكره إن شاء الله تعالى؛ فإن لم يكن ملكاً لأحدٍ، فعلى أقرب المواضع إليه من الأمصار والقُرَى من حيث يسمع الصوت ـ القسامة والدية؛ لأنهم يسْتَقون منه المَاءَ ويوردون دوابهم، فكان لهم تصرُّف في الشَّط فكان الشط في أيديهم.

وكذلك لو كان في الجزيرة، فعلى أقْرَب المواضع إلى الجَزِيرة من الأمْصَار والقرى من حيث يسمع الصوت ـ والقَسَامة والدية؛ لأن الجزيرة تكون في تصرُّفهم فكانت في أيديهم؛ وإن وجد في نهر صغيرٍ مما يقضى فيه بالشفعة للشُّركاء في الشرب، ففيه القَسَامة والدية على أهل النَّهر؛ لأن النَّهر مملوك لهم، وسواء كان القَتِيل محتبساً أو مربوطاً على الشط أو كان النهر يجري به، بخلاف النَّهر الكبير؛ لأنه إذا كان ملكاً لأربابه كان المَوْضِع الذي يجري به مملوكاً لهم وليس كذلك النهر الكبير.

ولا قَسَامة في قتيلٍ يوجد في مَسْجد الجامع، ولا في شوارع العَامَّة، ولا في جسوْر العامة؛ لأنه لم يوجد المِلْك ولا يد الخُصُوص، وتجب الدية على بيت المال؛ لأن تدبير هذه المَواضع ومصْلَحتها إلى العامة، فكان حفظها عليهم، فإذا قصروا ضمنوا وبَيْت المال مالهم؛ فيؤْخَذ من بيت المال.

وكذلك لا قَسَامة في قتيل [يوجد][1] في سوق العَامَّة؛ وهي الأسواق التي ليست بمَمْلُوكة وهي سوق السلطان؛ لأنها إذا لم تَكُن مملوكة وليس لأحد عليها يد الخُصُوص، كانت كالشَّوارع العامة؛ لأن سُوق السُّلطان لعامة المسلمين، فلا تجب القَسَامة وتجب الديةَ؛ لأن/ حفظها والتَّدبير فيها إلى جماعة المسْلِمِين، فيضمنون بالتَّقصير، فبيت المال مال عامَّة المسلمين، فيؤخذ منه. ١٤٦/٣أ

---

(١) سقط من ط.

وكذا إذا وجد في مسجد جَمَاعتهم، لا قَسَامة والدية في بيت المال؛ لأنه لا ملك لأحدٍ فيه ولا يد الخُصُوص، ويد العموم توجب الدِّية لا القَسَامة لما بينا. فإن كان السوق ملكاً تجب القسامة والدية، لكن على من تَجِب؟ فيه اختلاف نذكره في موضعه إن شاء الله تعالى.

ولا قَسَامة في قتيل يوجَد في السِّجن؛ لانعدام الملك ويد الخصوص؛ لأنه لا تصرُّف لأهل السِّجن في السجن، لكونهم مقْهُورين فيه، وتجب الدِّية على بيت المال؛ لأن يد العُمُوم ثابتة عليه، ولأن منفعة السِّجن العامة المسلمين؛ لأنه بنى لاستيفاء حقوقهم ودفع الضَّرر عنهم، ويد العموم توجب الدية لا القَسَامة، وهذا قولهما.

وقال أبو يوسف ـ رحمه الله ـ تجب القَسَامة والدِّية على أهل السِّجن؛ لأن لهم ضرب تصرُّف في السجن، فكأن لهم يداً على السِّجن فعليهم حفظه.

ومنها: ألاَّ يكون القَتِيل ملكاً لصاحب الملك الذي وجد فيه، فلا قَسَامة ولا دية في قن أو مدبّر أو أم ولد أو مكاتب أو مأذون وجد قتيلاً في دار مولاه؛ لأنه ملكه ووجوده في داره قتيلاً كمباشرة القَتْل منه، وقتل المملوك لا يتعلَّق به ضَمَان، إلا أن في المكاتب تجب على المولى قيمته؛ لأنه فيما يرجع إلى كسبه وأرش جنايته حر، فكان كسبه وأرشه له، والمولى فيه كالأجنبي ولا تعقله العاقلة؛ لأنه إذا صار مضموناً بعقد الكتابة، والعقد ثبت في حقِّ المولى والمكاتب لا في حق العاقلة، وفي المأذون عليه قيمته لغرمائه إن كان عليه[1] دينٌ؛ لتعلق حق الغُرَماء بماليته، وقد استهلك حقّهم بالقتل باسِتْهلاكَ محل الحق، فيجب عليه قيمته لغرمائه، وتكون حالة في ماله؛ لأن هذا ليس ضمان النَّفس؛ لأن نفسه ملك المولى، بل هذا ضمان المال لتعلُّق الغرماء بماليته، فكان هذا ضمان الاسْتِهلاك، فتكون في ماله حالة لا مؤجَّلة؛ وكما لو استهلكه بالإعْتَاق. وإن لم يكن عليه دين لا شيء فيه، وكذلك إن قتله عمداً؛ وكذلك لو كان العبد جنى جنايةً ثم وجد قتيلاً في دار مَوْلاَه ـ فعلى المولى قيمته حالة؛ وكذلك إن قتله خطأ وهو لا يعلم بجنايته لما قلنا.

ولو وجد العبد الرَّهن قتيلاً في دار الرَّاهن أو المرتهن؛ فإن وجد قتيلاً في دار الرَّاهن، فلا قَسَامة والقيمة على رب الدَّار دون العاقلة؛ لأنه ملكه، وقتل الإنسان ملك نفسه لا يوجِبُ الضَّمان عليه، وإنما وَجَبَ الضَّمان بعقد الرَّهن، والعقد ثبت في حق الرَّاهن والمرتهن لا في حق العَاقِلَة، فلا يلزم حكمه العَاقلة؛ وإن وجد في دار المُرْتَهن، فالقَسَامة والقِيمَة على عاقلته؛ لأن هذا الضمَّان لا يجب بالعقد، وإنما يجب بالجناية؛ لأن وجوده في داره قتيلاً؛ كمباشرة القَتْل منه كعبد ليس برهن وجد في دارِهِ قتيلاً، وثمة القسامة والقيمة عليه، كذا ههنا.

---

(١) في ط: له.

وأما بيان سَبَب وجوب القَسَامة والدِّية فنقول: سبب وجُوبهما هو التَّقصير في النصرة، وحفظ الموضع الذي وجد فيه القَتِيل ممن وجب عليه النُّصرة والحفظ؛ لأنه إذا وجب عليه الحفظ فلم يحفظ مع القُدْرَة على الحِفْظ ـ صار مقصراً بترك الحفظ الوَاجِب، فيؤاخذ بالتَّقصير زجراً عن ذلك، وحملاً على تحصيل الواجب؛ وكل من كان أخصّ بالنُّصرة والحفظ، كان أولى بتحمل القَسَامة والدية؛ لأنه أولى بالحفظ فكان التَّقصير منه أبلغ، ولأنه إذا اختص بالموضع ملكاً أو يداً بالتصرُّف كانت منفعته له، فكانت النُّصرة عليه؛ إذ الخراج بالضَّمان على لسان رسول الله ﷺ.

وقال تبارك وتعالى: ﴿لَهَا مَا كَسَبَتْ وَعَلَيْهَا مَا ٱكْتَسَبَتْ﴾ [البقرة:٢٨٦] ولأن القَتيل إذا وجد في موضع اختص به واحد أو جماعة، إما بالملك أو باليد وهو التصرُّف فيه، فيتهمون أنهم قتلوه، فالشَّرع ألزمهم القَسَامة دفعاً للتهمة والدية؛ لوجود القتيل بين أظهرهم.

وإلى هذا المعنى أشار سيدنا عمر ـ رضي الله تعالى عنه ـ حيثما قيل: [له][1] أنبذل أموالنا وأيماننا؟ فقال: أما أيمانكم فلحقن دمائكم، وأما أموالكم فلوجود القَتِيل بين أظْهُركم.

وإذا عرف هذا فنقول: القَتِيل إذا وجد في المحلّة، فالقَسَامة والدية على أهل المحلَّة؛ للأحاديث وإجْماع الصَّحابة ـ رضي الله عنهم ـ على ما ذكرنا؛ ولأن حفظ المحلة عليهم، ونفع ولاية التصرُّف في المحلَّة عائد إليهم، وهم المتهمون في قتله، فكانت القَسَامة والدية عليهم.

وكذا إذا وجد في مسجد المحلّة أو في طريق المحلّة لما قلنا، فيحلف منهم خمسون، فإن لم يكمل العدد خَمْسِين رجلاً تكرّر الأيمان عليهم، حتى تكمل خمسين يميناً؛ لما روي عن سيدنا عمر ـ رضي الله تعالى عنه ـ أنه حلف رجال القسامة، فكانوا تسعة وأربعين رجلاً، فأخذ منهم واحداً وكرر عليه اليمين حتى كملت خَمْسِين يميناً[2]، وكان ذلك بمَحْضَر الصَّحابة ـ رضي الله عنهم ـ، ولم ينقل أنه خالفه أحد فيكون إجماعاً؛ ولأن هذه الأيمان حق وليّ القتيل، فله أن/ يستوفيها ممن يمكن استيفاؤها منه، فإن أمكن الاستِيفاء من عدد الرِّجال الخمسين استوفى، وإن لم يمكن يسْتَوفي عدد الأيمان التي هي حقه. ٣/٤٦ب

---

(١) سقط من ط.

(٢) قال الزيلعي في نصب الراية (٤/ ٣٩٥):

رواه ابن أبي شيبة في «مصنفه» بنقص فقال: حدثنا وكيع ثنا سفيان عن عبد الله بن يزيد الهذلي عن أبي مليح أن عمر بن الخطاب رد عليهم الأيمان حتى وفوا.

وروى عبد الرزاق في المصنف (١٠/ ٤٩) رقم (١٨٣٠٧) عن معمر عن أبي الزناد أن عمر بن الخطاب استحلف امرأة خمسين يميناً ثم جعلها دية.

وإن كان العدد كاملاً فأراد الوليُّ أن يكرر اليمين على بَعْضِهِم ـ ليس له ذلك ـ كذا ذكر محمد ـ رحمه الله؛ لأن موضوع هذه الأَيْمَان على عدد الخَمْسِين في الأصل لا على واحد، وإنما التكرار على واحد لضرورة نُقْصَان العدد، ولا ضرورة عند الكَمَال.

وإن كان في المحلّة قبائل شتى، فإن كان فيها أهل الخطّة والمشترون ـ فالقسامة والدية على أهل الخطَّة ما بقي منهم واحدٌ في قول أبي حنيفة ومحمد ـ عليهما الرحمة وقال أبو يوسف ـ رحمة الله عليهم ـ: وعلى المُشْتَرين جميعاً.

وجه قوله: إن الوجوب على أهل الخطّة باعتبار الملك، والملك ثابت للمشْتَرِين؛ ولهذا إذا لم يكن من أهل الخطّة أحد، كانت القسامة على المُشْترين.

وجه قولهما: إن أهل الخطَّة أصول في الملك؛ لأن ابتداء المِلْك ثبت لهم، وإنما انتقل عنهم إلى المُشْترين، فكانوا أخص بنصرة المحلّة وحفظها من المشترين، فكانوا أولى بإيجاب القَسَامة والدية عليهم، وكان المشتري بينهم كالأجنبي، فما بقي واحدٌ منهم لا ينتقل إلى المشتري.

وقيل: إن أبا حنيفة بنى الجراب على ما شاهد بالكرة، وكان تَدْبير أمر المحلة فيها إلى أهل الخطَّة، وأبو يوسف رأى التدبير إلى الأشراف من أهل المحلة، كانوا من أهل الخطَّة أو لا، فبنى الجواب على ذلك، فعلى هذا لم يكن بينهما خلاف في الحقيقة؛ لأن كل واحدٍ منهما عوَّل على معنى الحفظ والنصرة؛ فإن فقد أهل الخطة وكان في المحلَّة ملاك وسكان ـ فالدية على الملاك لا على السُّكان عند أبي حنيفة ومحمد، وعند أبي يوسف: عليهم جميعاً.

وله: ما روي أن رسول الله ـ عليه الصلاة والسلام ـ أوجب القَسَامة على أهل خيبر وكانوا سكاناً؛ ولأن للساكن اختصاصاً بالدار يداً كما أن للمالك اختصاصاً بها ملكاً، ويد الخصوص تكْفي لوجوب القَسَامة.

وجه قولهما: إن المالك أخصّ بحفظ الموضع ونصرته من السُّكان؛ لأن اختصاصه اخْتِصَاص ملك، وأنه أقوى من اخْتِصاص اليد؛ ألا يرى أن السُّكان يسكنون زماناً ثم ينْتَقلون.

وأما إيجاب القَسَامة على يهود خيبر فممنوعٌ أنهم كانوا سكاناً، بل كانوا ملاكاً؛ فإنه روي أنه ـ عليه الصلاة والسلام ـ أقرَّهم على أملاكهم، ووضع الجزية على رؤوسهم، وما كان يؤْخذ منهم كان يؤخذ على وجه الجَزْية لا على سبيل الأجرَة.

ولو وجد قَتِيل في سفينة؛ فإن لم يكن معهم ركاب، فالقَسَامة والديةُ على أرباب السَّفينة وعلى من يمدّها ممن يمْلِكُها أو لا يملكها؛ وإن كان معهم فيها ركاب فعليهم جميعاً، وهذا في الظاهر يؤيد قول أبي يوسف في إيجابه القَسَامة والدِّية على الملاَّك والسكان جميعاً.

وأبو حنيفة ومحمد ـ رحمهما الله ـ يفرقان بين السَّفينة والمحلةَ؛ لأن السفينة تنقل وتحول من مكان إلى مكانٍ، فتعتبر فيها اليد دون الملك؛ كالدابة إذا وجد عليها قتيل، بخلاف الدار فإنها لا تحتمل النقل والتَّحويل، فيعتبر فيها الملك والتحويل ما أمكن لا اليد؛ وكذلك العجلة حكمها حكم السفينةَ؛ لأنها تنقل وتحول.

ولو وجد القَتِيل معه رجل يحمله على ظهره، فعليه القَسامة والدية؛ لأن القتيل في يده.

ولو وجد جريح معه به رمق يحمله حتى أتى به أهله، فمكث يوماً أو يومين ثم مات ـ لا يضمن عند أبي يوسف.

وقال أبو يوسف: وفي قياس قول أبي حنيفة ـ رضي الله عنه ـ: يضمن.

وجه القياس: أن الحامل قد ثبتت يده عليه بجروحاً، فإذا مات من الجرح فكأنه مات في يده، وهذا تفريعٌ على من جرح في قبيلةٍ، فتحامل إلى قبيلة أخرى فمات فيهم، وقد ذكرناه فيما تقدم؛ وكذلك إذا كان على دابة ولها سائق أو قائد أو عليها راكب ـ فعليه القَسامة والدية؛ لأنه في يده.

وإن اجتمع السائق والقائد والراكب فعليهم جميعاً؛ لأن القتيل في أيديهم، فَصَار كأنه وجد في دارهم؛ وإن وجد على دابة لا سَائِق لها ولا قائد ولا راكب عليها؛ فإن كان ذلك الموضع ملكاً لأحد، فالقسامة والدِّية على المالك، وإن كان لا مالك له فَعلى أقرب المواضع إليه من حيث يسمع الصّوت من الأمصار والقرى، وإن كان بحيث لا يسمع فهو هدر لما قلنا فيما تقدم، فإن وجدت الدَّابة في محلة فعلى أهل تلك المحلة؛ وكذلك إذا وجد في فلاة من الأرض؛ أنه ينظر إن كان ذلك المكان الذي وجد فيه ملكاً لإنسان، فالقَسَامة والدية عليه، وإن لم يكن له مالك فعلى أقْرَب المواضع إليه من الأمصار والقرى إذا كانت بِحَيْث يبلغ الصوت منها إليه، فإن كان بحيث لا يبلغ فهو هدر لما قلنا.

وذكر في الأصل في قتيل وجد بين قريتين: أنه يضاف[١] إلى أقْرَبهما؛ لما رُوَي عَنْ أبي سَعِيدِ الخُدْرِيِّ ـ رَضِيَ الله عَنْهُ ـ أَنَّ النَّبِيَّ ـ عَلَيْهِ الصَّلاَةُ وَالسَّلاَمُ ـ أَمَرَ بِأَنْ يُوَزَّعَ بَيْنَ قَرْيَتَيْنِ فِي قَتِيلٍ وُجِدَ بَيْنَهُمَا[٢]، وَكَذَا/ روي عن سيدنا عمر رضي الله عنه في قتيل وجد بين وادعة ٣/١٤٧أ

(١) في أ: يقاس.

(٢) رواه البيهقي في الكبرى (٨/١٢٦) كتاب القسامة، باب ما روي في القتيل يوجد بين قريتين ولا يصح والعقيلي في الضعفاء (١/٧٦) والطيالسي في مسنده كما في المنحة (١/٢٩٦) رقم (١٥٠١) وعزاه الزيلعي في نصب الراية (٤/٣٩٦) إلى إسحاق بن راهويه والبزار في مسنديهما وابن عدي في الكامل كلهم من طريق أبي إسرائيل الملائي عن عطية عن أبي سعيد الخدري أن قتيلاً وجد بين حيين فأمر =

وأرحبِ، وكتب إليه عامله بذلك، فكتب إليه سيدنا عمر - رضي الله عنه: أن قِسْ بين القَرْيتين فأيهما كان أقرب فألزمهم، فوجد القتيل إلى وادعة أقرب، فألزموا القَسَامة والدية[1]، وذلك كله محمولٌ على ما إذا كان بحيث يبلغ الصوت إلى الموضع الذي وجد فيه القَتِيل؛ كذا ذكر محمد في الأصل، حكاه الكرخي - رحمه الله -، والفقه ما ذكرنا فيما تقدم.

وكذا إذا وجد بين سكتين، فالقَسَامة والدية على أقربهما؛ فإن وجد في المعسكر في فَلاَة من الأرض؛ فإن كانت الأرض التي وجد فيها لها أرباب، فالقَسَامة والدية علي أرباب الأرض؛ لأنهم أخصّ بنصرة المَوْضِع وحفظه، فكانوا أولى بإيجاب القَسَامة والدية عليهم، وهذا على أصلهما؛ لأن المعسكر كالسُّكان، والقَسَامة على الملاك لا على السكان على أصلهما.

فأما على أصْل أبي يوسف - رحمه الله -: فالقَسَامة والدية عليهم جميعاً، وإن[لم] يكن في ملك أحد بأن وجد في خباء أو فَسْطَاط - فعلى من يسكن الخِبَاء والفسطاط، وعلى عواقلهم القَسَامة والدية؛ لأن صاحب الخَيْمَة خصّ بموضع الخيمة من أهل العسكر بمنزلة صَاحِب الدَّار مع أهل المحلة، ثم القَسَامة على صاحب الدار إذا وجد فيها قَتيل، لا على أهل المحلّة؛ كذا ههنا.

وإن وجد خارجاً من الفسطاط والخباء، فعلى أقرب الأخبية والفساطيط منهم القسامة والدية، كذا ذكر في ظاهر الرواية؛ لأن الأقرب أولى بإيجاب القَسَامة والدِّية لما ذكرنا.

وعن أبي حنيفة - رضي الله عنه -: إذا وجد بين الخِيَام، فالقَسَامة والدية على جماعتهم؛ كالقتيل يوجد في المحلة - جعل الخيام المحمولة كالمحلّة على هذه الرواية. هذا إذا لم يكن العسكر لقوا عدواً؛ فإن كانوا قد لقوا عدوا فقاتلوا، فلا قسامة ولا دية في قَتِيل يوجد بين أظْهرهم؛ لأنهم إذا لقوا عدواً وقاتلوا، فالظَّاهر أن العدو قتله لا المسلمون؛ إذ المسلمون لا يقتل بعضهم بعضاً.

ولو وجد قَتيل في أرض رجل إلى جانب قرية ليس صاحب الأرض من أهل القرية - فالقسامة والدية على صاحب الأرض لا على أهل القَرْية؛ لأن صاحب الأرض أخص بنُصْرة

= النبي ﷺ أنه يقاس إلى أيهما أقرب فوجد أقرب إلى أحد الحيين بشير قال أبو سعيد كأني انظر إلى شبر رسول الله ﷺ فألقى ديته عليهم.

وقال البيهقي: تفرد به أبو إسرائيل عن عطية العوفي وكلاهما لا يحتج بروايتهما» اهـ.

(١) قال الزيعلي في نصب الراية (٤/٣٩٧).

رواه ابن أبي شيبة في «مصنفه» حدثنا وكيع ثنا إسرائيل عن أبي إسحاق عن الحارث بن الأزمع قال: وجد قتيل باليمن بين وادعة وأرحب... الخ.

أرضه وحفظها من أهل القَرْية، فكان أولى بإيجاب القَسَامة والدية عليه؛ كصاحب الدار مع أهل المحلة.

ولو وجد قتيل في دار إنسان، وصاحب الدار من أهل القَسَامة ـ فالقسامة والدِّية على صاحب الدار وعلى عاقلته؛ كذا ذكر في الأصل، ولم يفصل بين ما إذا كانت العاقلة حضوراً أو غيباً.

وذكر في اختلاف زفر ويعقوب رحمهما الله: أن القَسَامة على رب الدار وعلى عاقلته حضوراً كانوا أو غيباً.

وقال أبو يوسف ـ رحمه الله ـ: لا قَسَامة على العاقل؛ هكذا ذكر فيه.

وقال الكرخي ـ رحمه الله ـ: إن كانت العاقلة حضوراً في المصر دخلوا في القَسَامة، وإن كانت غائبة فالقَسَامة على صاحب الدَّار تكرر عليه الإيمان، والدِّية عليه وعلى عاقلته، أما دخول العاقلة في القسامة إذا كانوا حضوراً فهو قولهما، وظاهر قول أبي يوسف: لا قَسَامة على العَاقِلة يقتضي ألاَّ يدخلوا في القَسَامة.

وجه قول زفر ـ رحمه الله ـ: أنه لما لزمتهم الدِّية لزمتهم القَسَامة كأهل المحلة. ولأبي يوسف: أن صاحب الدَّار أخص بالنُّصرة وبالولاية والتُّهمة، فلا يشاركه العاقلة كما لا يُشَارك أهل المحلّة غيرهم.

وجه قولهما: أن العاقلة إذا كانوا حضوراً يلزمهم حِفْظُ الدار ونُصْرتها كما يلزم صاحب الدار؛ وكذا يتهمون بالقتل كما يتّهم صَاحِب الدَّار؛ فقد شاركوه في سبب وجُوب القَسَامة، فيشاركونه في القَسَامة أيضاً؛ وبهذا يقع الفَرْق بين حال الحُضُور والغيبة، على ما ذكره الكرخي ـ رحمه الله ـ؛ لأن معنى التهمة ظاهر الانتفاء من الغَيْب، وكذا معنى النصرة؛ لأنه لا يلحق ذلك المَوْضِع نصرة من جهتهم إلا أنه تجب عليهم الدية؛ لأن وجُوب الدِّية على العاقلة لا يتعلّق بالتهمة؛ فإنهم يتحمّلون عن القَاتِل المعين إذا كان صبيًا أو مجنوناً أو خاطئاً، وسواء كانت الدار فيها سَاكِن أو كانت مفرغة مغلقة، فوجد فيها قتيل فعلى رب الدار، وعلى عاقلته القَسَامة والدية.

أما على أصل أبي حنيفة ومحمد ـ رضي الله عنهما ـ فظاهر؛ لأنهما يعتبران الملك دون السُّكنى، فكان وجود السُّكنى فيها والعدم بمنزلة واحدة.

وأما أبو يوسف ـ رحمه الله ـ فإنما يوجب على السَّاكن؛ لاختصاصه بالدار يداً ولم يوجد ههنا، وسواء كان الملك الذي وجد فيه القَتِيل خاصًا أو مشتركاً ـ فالقسامة والدية على أرباب الملك لما قلنا، وَسَواء اتفق قدر أنصباء الشركاء أو اختلف، فالقَسَامة والدية بينهم بالسَّوية؛

حتى لو كانت الدَّار بين رجلين لأحدهما الثلثان وللآخر الثلث، فالقَسَامة عليهما وعلى عاقلتهما نِصْفَان، ويعتبر في ذلك عدد الرؤوس لا قدر الأنْصِبَاء كما في الشفعة؛ لأن حِفْظَ الدار واجب على كل واحدٍ منهما، والحفظ لا يختلف، ولهذا تساويا في استحقاق الشُّفعة؛ لأن الاستحقاق لدفع ضرر الدَّخيل، وأنه لا يختلف باخْتِلاف قدر الملك.

٣/٤٧ب وذكر في الجامع الصغير/ فيمن باع داراً ووجَدَ فيها قتيل قبل أن يَقْبِضها المُشْتَرِي - أن القسامة والدِّية على البَائع إذا لم يكن في البَيْع خيار؛ فإن كان فيه خيار، فعلى من الدَّار في يده في قول أبي حنيفة، وعند أبي يوسف ومحمد الدية على مالك الدار إن لم يكن في البَيْع خيار؛ فإن كان فيه خيار، فعلى من تصير الدار له.

وعند زفر - رحمه الله -: الدية على المشْتَري، إلا أن يكون للبَائِع خيار فتكون الدّية عليه.

وجه قول زفر: أن الملك للمشْتَري إذا لم يكن فيه خيار؛ وكذا إذا كان الخيار للمشتري؛ لأن خيار المشْتَري لا يمنع دخول المَبِيع في ملكه عنده؛ فإذا كان الخِيَار للبَائِع؛ فالملك له؛ لأن خِيَاره يمنع زوَال المَبِيع عن ملكه بلا خلاف.

وجه قولهما: أنه إذا لم يكن فيه خِيَار، فالملك للمشْتَري، وإنما للبائع صورة يد من غير تصرُّف، وصورة اليد لا مَدْخل لها في القَسَامة كيد المودع، فكانت القَسَامة والدية على المُشْتَري، وإذا كان فيه خِيار فعلى من تَصِير الدار له؛ لأنها إذا صارت للبائع فقد انْفَسَخَ البيع، وجعل كأنه لم يكن، وإن صارت للمشْتَري فقد انبرم البيع وتبين أنه ملكها بالعَقْد من حين وجوده.

وأما صحيح مذهب أبي حنيفة - رضي الله عنه - فمشكلٌ من حيث الظاهر؛ لأنه يعتبر الملك فيما يحتمل النَّقل والتحويل لا اليد، وإن كانت اليد يد تصرُّف كيد الساكن، والثَّابت للبائع صورة يد من غير تصرُّف - فأولى ألا يعتبره، لكن لا إشكال في الحقيقة؛ لأن الوُجُوب بترك الحِفْظ، والحفظ باليد حقيقة. إلا أنه يضاف الحِفْظ إلى الملك؛ لأن استحقاق اليد به عادةً، فيقام مقام اليد، فكانت الإضافة إلى ما به حقيقة الحفظ أولى، إلا أن مطلق اليد لا يعتبر، بل اليد المستحقة بالملك وهذه يدٌ مستحقة بالملك، بخلاف يد السَّاكن.

وإذا وجد رجل قتيلاً في دار نفسه، فالقَسَامة والدية على عاقلته لورثته في قول أبي حنيفة رضي الله عنه.

وفي قولهما - رحمهما الله -: لا شيء فيه، وهو قول زفر والحسن بن زياد - رحمهم الله -، وروي عن أبي حنيفة مثل قولهم.

وجه قولهم: إن القتل صادفه والدار ملكه، وإنما صار ملك الورثة عند المَوْت والموت ليس بقتل؛ لأن القتل فعل القَاتِل ولا صنع لأحد في الموت بل هو من صنع الله - تبارك وتعالى، فلم يقتل في ملك الوَرَثة، فلا سبيل إلى إيجاب الضَّمان على الورثة وعواقلهم؛ ولأن وجوده قتيلاً في دار نفسه بمنزلة مباشرة القَتْل بنفسه، كأنه قتل نفسه بنفسه فيكون هدراً.

ولأبي حنيفة - رضي الله عنه -: أن المعتبر في القَسَامة وقت ظهور القَتِيل لا وقت وجود القتل؛ بدليل أن من مات قبل ذلك لا يدْخُل في الدِّية، والدار وقت ظهور القتيل لورثته، فكانت القَسَامة والدية عليهم وعلى عواقلهم تجب؛ كما لو وجد قتيلاً في دار ابنه.

فإن قيل: كيف تجب الدِّية عليهم وعلى عواقلهم، وأن الدية تجب لهم فكيف تجب لهم وعليهم؟ وكذا عاقلتهم تتحمل عنهم لهم أيضاً، وفيه إيجاب لهم أيضاً وعليهم وهذا ممتنع.

فالجواب: ممنوع أن الدية تجب لهم بل للقتيل؛ لأنها بَدَل نفسه فتكون له؛ وبدليل أنه يجهز منها وتقْضي منها ديونه، وتنفذ منها وصاياه، ثم ما فضل عن حاجته تستحقُّه ورثته؛ لاستغناء الميت عنه، والورثة أقْرَب الناس إليه، وصار كما لو وجد الأب قتيلاً في دار ابنه أو في بئر حفرها ابنه، أليس أنه تجب القسامة والدية على الابن وعلى عاقلته، ولا يمتنع ذلك لما قلنا؛ كذا هذا.

وإن اعتبرنا وقت وجود القتل، فهو ممكن أيضاً؛ لأنه تجب على عَاقِلته؛ لتقصيرهم في حِفْظ الدار فتجب عليهم الدِّية حقاً للمقتول، ثم تنتقل منه إلى ورثته عند فراغه عن حَاجته.

وذكر محمد: إذا وجد ابن الرُّجل أو أخوه قتيلاً في داره - أن على عاقلته دية ابنه ودية أخيه، وإن كان هو وارثه لما قلنا: إن وجود القتيل في الدار كمباشرة صَاحِبها القتل، فيلزم عاقلته، ذلك للمقتول ثم يستحقها صاحب الدار بالإرث.

ولو وجد مكاتب قتيلاً في دار نفسه، فدمه هدر؛ لأن داره في وقت ظُهور القتيل ليست لورثته، بل هي على حُكْم ملك نفسه إلى أن يؤدي بدل الكِتَابة، فصا كأنه قتل نَفْسه فهدر دمه.

رجلان كَانَا في بيت ليس معهما ثالث، وجد أحدهما مذبوحاً - قال أبو يوسف: يضمن الآخر الدية.

وقال محمد: لا ضمان عليه.

وجه قوله: إنه يحتمل أنه قتله صاحبه، ويحتمل أنه قتل نفسه؛ فلا يجب الضمَّان بالشك، ولأبي يوسف: أن الظَّاهر أنه قتله صاحبه؛ لأن الإنسان لا يقتل نفسه ظاهراً وغالباً، واحتمال خلاف الظَّاهر ملحق بالعدم، ألا ترى أن مثل هذا الاحتمال ثَابِت في قتيل المحلة ولم يعتبر.

فصل فيمن يدخل في القسامة

وأما بيان من يَدْخُل في القَسَامة والدية بعد وجُوبهما ومن لا يدخل في ذلك، فنقول وبالله التوفيق:

الصبيّ والمجنون لا يدْخُلان في القَسَامة في أي موضع وجد القَتِيل، سواء وجد في غير مِلْكِهما أو في ملكهما؛ لأن القسامة يمين وهما ليسا من/ أهل اليمين؛ ولهذا لا يستحلفان في سائر الدَّعاوى؛ ولأن القَسَامة تجب على من هو من أهل النُّصرة وهما ليسا من أهل النُّصرة، فلا تجب القَسَامة عليهما وتجب على عَاقِلتهما إذا وجد القَتِيل في ملكهما؛ لتقصيرهم بترك النصرة اللازمة، وهل يدخلان في الدية مع العاقلة؟ فإن وجد القَتِيل في غير مِلْكِهما كالمحلة وملك إنسان لا يدْخُلان فِيها، وإن وجد في ملكهما يدخلان؛ لأن وجود القتيل في ملكهما كمباشرتهما القَتْل، وهما مؤاخَذَان بضمان الأفعال. ١٤٨/٣أ

وعلى قياس ما ذكره الطَّحاوي ـ رحمه الله ـ: لا يدْخُلان في الدية مع العاقلة أصلاً لكنه ليس بسديد؛ لأن هذا ضَمَان القتل والقتل فعل، والصبي والمجنون مؤاخذان بأفعالهما، ولا يدخل العَبْد المحجور والمدبر وأم الولد في القَسَامة والدية؛ لأن هؤلاء لا يستنصر بهم عادةً، وليسوا من أهل مِلْك المال أيضاً، فلا تلزمهم الدية، وأما المأذُون والمكَاتِب فلا يدخلان في قسامة وجبت في قتيل؛ وجد في غير دارهما وإن وجد في دارهما.

أما المأذون إن لم يكن عليه دَيْن، فلا قسامة عليه، بل على مولاه وعاقلته استحساناً، والقياس أن تجب عليه القَسَامة، وإذا حلف يخَاطب المولى بالدَّفع أو الفداء.

وجه القياس: أن العبد من أهل اليَمين.

ألا ترى أنه يستحلف في الدَّعاوى، ووجود القتيل في داره بمَنْزِلة مباشرة[1] القتل خطأ، وإن قتله خطأ يخير المولى بين الدَّفع والفداء؛ كذا هذا.

وجه الاستحسان: أن فائدة الاستِحْلاف جريان القَسامة لسبب هو النُّكول؛ لأنه لا يقضي بالنُّكول في هذا الباب، بل يحبس حتى يحلف أو يقر؛ ولو أقر بالقتل خطأ لا يصحُّ إقراره؛ لأنه إقرار على مولاه، فلم يكن الاستِحْلاف مفيداً، فلا تجب عليه القَسَامة وتجب على المولى وعلى عاقلته؛ لأن الملك له، وإن كان عليه دين فَيَنْبَغِي في قياس قول أبي حنيفة أنه تجب القَسَامة على العَبْد؛ لأن المولى لا يملك كَسْب عبده المَأذون المديون عنده، فلا يملك الدار.

---

(١) سقط من ط.

وفي الاستِحْسان تجب على المولى؛ لأن المولى إن كان لا يملكها فالغرماء لا يملكونها أيضاً، والعبد لا ملك له، والمولى أقْرَب الناس إليه، فكانت القسامة عليه، مع ما أنَّ للمولى حقّاً في الدار، وهو حقّ استخلاصها لنفسه بقضاء دين الغرماء، فكان أولى بإيجاب القَسَامة.

وأما المكاتب إذا وجد قتيلاً في داره، فعليه الأقل من قيمته ومن الدَّار؛ لأن وجود القَتِيل في داره كمباشرته القتل، فلا يكون على مَوْلاه كما لا يكون عليه في مباشرته، وهل تجب عليه القَسَامة؟.

ذكر القَاضِي في شرحه مختصر الطحاوي أنه يكرر عليه الأيْمان، فإن حلف يجب عليه الأقل من قيمته ومن الدِّية إلا قدر عشرة دراهم، لأن عاقلة المكاتب نفسه، وتكون القيمة حالة؛ لأنها تجب بالمنع من الدفع، فتكون حالة كما تَجِب على المولى بجناية المدبّر.

ولو كان القتيل مولى المكاتب، كان عليه الأقل من قيمته ومن الدِّية؛ لأن وجود القَتِيل في داره كمباشرته القتل، وتكون القِيمَة حالة لا مؤجلة لما قلنا. ولا تدخل المَرْأة في القسامة والدِّية في قتيل يوجد في غير ملكها؛ لأن وجوبهما بطريق النُّصْرة وهي ليست من أهْلِها، وإن وجد في دارها أو في قَرْية لها لا يكون بها غَيْرُها عليها القَسَامة، فتستحلف ويكرر عليها الأيمان، وهذا قولهما.

وقال أبو يوسف: [القسامة][1] عليها لا على عاقلتها.

[وجه قوله][2] إن لزوم القَسَامة للزوم النصرة، وهي لَيْسَت من أهل النُّصرة فلا تدخل في القسامة؛ ولهذا لم تَدْخل مع أهل المحلة.

وجه قولهما: إن سبب الوجوب على المَالِك هو الملك مع أهْليَّة القَسَامة، وقد وجد في حقّها، أما الملك فَثَابت لها، وأما الأهلية فلأن القَسَامة يمين وأنها من أهل اليمين.

ألا ترى أنها تستحلف في سائر الحُقُوق، ومعنى النصرة يراعي وجوده في الجملة لا في كل فرد كالمشقَّة في السفر، وهل تدخل مع العاقلة في الدية.

ذكر الطَّحَاوي ما يدل على أنها لا تَدْخُل؛ فإنه قال: لا يدخل القاتل في التحمُّل إلا أن يكون ذكراً عاقلاً بالغاً، فإذا لم تدخل عند وجود القتل منها عيناً، فههنا أولى.

وأصحابنا ـ رضي الله عنهم ـ قالوا: إن المرأة تَدْخُل مع العَاقِلة في الدِّية في هذه المَسْألة، وأنكروا على الطَحاوي قوله، وقالوا: إن القاتل يدخل في الدية بكل حَالٍ، ويدخل

---

(١) سقط من ط.

(٢) في أ: لأبي يوسف.

في القَسَامة والدية الأعمى والمحدود في القَذْف والكافر؛ لأنهم من أهل الاستِحْلاَف والحفظ، والله سبحانه وتعالى أعلم.

فصل فيما يكون إبراءً عن القسامة

وأما ما يكون إبراء عن القسامة والدِّية فنوعان: نص ودلالة.

أما النص فهو التَّصْريح بلفظ الإبراء وما يجري مجراه كقوله: أبرأت أو أسقطت أو عفوت ونحو ذلكَ، لأن ركن الإبراء صَدَر ممن هو من أهل الإبْرَاء في محل قابل للبراءة فيصحّ.

وأما الدلالة فهي أن يدعي وليّ القتيل على رجلٍ من غير أهل المحلّة، فيبرأ أهل المحلة عن القَسَامة والدية؛ لأن ظهور القَتِيل في المحلة لم يدل على كون هذا المدَّعى عليه/ قاتلاً، فإقدام الوليّ على الدَّعوى عليه يكون نفياً للقتل عن أهل المحلَّة، فيتضمَّن براءتهم عن القَسَامة والدية، فإن أقام البينة على المدعى عليه وإلا حلف، فإن حلف بريء، وإن نكل حبس حتى يحلف أو يقر في قول أبي حنيفة ـ رحمه الله ـ، وعندهما: يقضى بالدِّية.

٣/٤٨ب

ولو شهد اثنان من أهل المحلَّة للولي بهذه الدعوى ـ لا تقبل شَهَادتهما في قول أبي حنيفة ـ رحمه الله ـ، وعندهما: تقبل.

وجه قولهما: إن المانع من القَبُول قبل الدَّعوى كانت التهمة، وقد زالت بالبراءة فلا مَعْنَى لردِّ الشهادة.

ولأبي حنيفة ـ رحمه الله ـ: أنه تمكنت التُّهمةَ في شهادتهم من وجهين:

أحدهما: أن من الجائز أنه أبرأهم ليتوسَّل بالإبراء إلى تَصْحيح شهادتهم.

والثاني: أنه أحسنَ إليهم بالإبراء، حيث أسقط القَسَامة والدية عنهم، فمن الجائز أنهم أرادوا بالمكَافَأة على ذلك، والشهادة ترد بالتهمة من وجه واحدٍ فمن وجهين أولى؛ ولأن أهل المحلة كانوا خُصَمَاء في هذه الدَّعوى فلا تقبل شهادتهم، وإن خرجوا بالإبراء عن الخُصُومة؛ لأن السَّبب الموجب لكونهم خصماء قَائِم وهو وجود القتيل فيهم؛ كالوكيل بالخصومة إذا خَاصَم ثم عزل فشهد، لا تقبل شهادته؛ كذا هذا.

ولو ادَّعى وليّ القتيل على رجلٍ بعينه من أهل المحلَّة ـ فالقَسَامة والدية بحالها في ظاهر الرواية.

وروى عبد الله بن المبارك، عن أبي حنيفة ـ رضي الله عنه ـ أن القِسامة تَسْقُط؛ وكذا روى محمد.

وقال أبو يوسف: القِيَاس أن تسقط القَسَامة إلا أنا تركناه للأثر.

وجه رواية ابن المبارك ـ رحمه الله ـ: أن تَعْيين الولي واحداً منهم إبراء عن البَاقِين دلالة، فتسقط عنهم القَسَامة كما لو أبْرَأهم نصاً

وجه ظاهر الرواية: أن القَاتِل أحد أهل المحلّة ظاهر أو الولي كذلك، إلا أنه عين وهو متهم في التَّعيين فلا يعتبر تعيينه إلا بالبينة، فلا تعتبر[1] حُكْم القَسَامة إلا بها، فإن أقام البينة من غير أهْل المحلة على دعواه يقضي بها، فيجب القِصَاص في العَمْد والدِّية في الخطأ.

ولو شهد شَاهِدان من المحلَّة عليه، لا تقبل شهادتهما على ظَاهِر الرِّواية عن أبي حنيفة ـ رضي الله عنه ـ؛ لأن الخُصُومة بعد هذه الدَّعوى قائمة، فكان الشَّاهد خصما؛ لأنه يقطع الخُصُومة عن نفسه بشهادته ولا شهادة للخصم، وإذا لم تقبل شَهَادة أهل المحلة عليه ولم يقم بيِّنة أخرى، وبقيت القَسَامة على أهل المحلة على حالها ـ يحلف[2] المدَّعى عليه والشَّاهدان مع أهل المحلة، حتى يكمل خَمْسُون رجلاً من أهل المحلة، ثم كيف يستحلف الشُّهود مع أهل المحلَّة؟.

عندهما: يحلفون بالله ـ سبحانه وتعالى ـ ما قتلناه ولا عَلِمْنا له قاتلاً غير فلان.

وعند أبي يوسف: يحلفون بالله ـ جلّ شأنه ـ ما قتلناه ولا عَلِمْنا له قاتلاً غير فلان.

وعند أبي يوسف: يحلفون بالله جل شأنه ما قتلناه ولا يزادُون على ذَلِك؛ لأن عندهم أن المشهود عليه قاتل، فلا سبيل إلى استِحْلافهم على العلم، وما قاله أبو حنيفة ومحمد ـ رحمهما الله ـ أولى؛ لأن فيما قالاه مراعاة مَوْضُوع القَسَامة؛ وهو الجمع بين اليمين على البَتَات والعلم بالقَدْر الممكن فيما وراء المسْتَثْنى، وفيما قاله أبو يوسف ترك اليمين على العلم أصلاً؛ فكان ما قالاه أولى.

ولو ادَّعى أهل تلك المحلة على رجل منهم أو من غيرهم، تصحُّ دعواهم. فإن أقاموا البينة على ذلك الرَّجل، يجب القِصَاص في العمد والدِّية في الخطأ، إن وافقهم الأولياء في الدَّعْوَى على ذلك الرَّجل؛ وإن لم يوافقوهم في الدَّعوى عليه، لا يجب عليه شيء؛ لأن الأولياء قد أبرؤوه حيث أنكروا وجُود القَتْل منه ولا يَجِبُ على أهل المحلة أيضاً شيء لأنهم أثبتوا القَتْل على غيرهم، وإن لم يقم لهم البينة وحلف ذلك الرَّجُل ـ تجب القَسَامة على أهل المحلَّة، ثم كيف يحلفون؟ فهو على الاخْتِلاَف الذي ذكرنا، والله سبحانه وتعالى الموفق.

---

(١) في أ: تتغير.

(٢) في أ: بخلاف.

فصل في الجناية على ما دون النفس

وأما الجناية على ما دُون النَّفْس مطلقاً، فالكلام في هذه الجناية يقع في موضعين: أحدهما: في بيان أنواعها، والثاني: في بيان حكم كل نوع منها.

أما الأول: فالجناية على ما دون النَّفس مطلقاً أنواع أربعة:

أحدها: إبانة الأطْراف وما يجري مجرى الأطراف. والثاني: إذهاب معاني الأطراف مع إبْقَاء أعيانها، والثالث: الشِّجاج، والرابع: الجراح.

أما النوع الأول: فقطع اليد والرجل والأصبع والظّفر والأنف واللسان والذكر والأنثيين والأذن والشفه وفقوء العينين، وقطع الأشفار والأجفان، وقلع الأسنان وكسرها وحلق شعر الرأس واللحية والحاجبين والشارب.

وأما النوع الثاني: فتفويت السمع والبصر والشم والذوق والكلام والجماع والإيلاد والبطش والمشي، وتغير لون السّن إلى السَّواد والحمرة والخضرة ونحوها، مع قيام المحال الذي تقوم بها هذه المعاني، ويلحق بهذا الفَصْل إذهاب العقل.

وأما النوع الثَّالث: فالشِّجاج أحد عشر: أولها[1] الخارصة ثم الدامعة، ثم الدامية، ثم الباضعة، ثم المتلاحمة؛ ثم السمحاق، ثم الموضحة، ثم الهاشمة، ثم المنقلة، ثم الآمة، ثم الدامغة.

فالخَارصة هي التي تخرصِ الجِلد أي تشقّه ولا يظهر منها الدم[2].

والدامغة: هي التي يظهر منها الدّم ولا يَسِيل كالدّمع. في العين.

والدامية: هي التي يسيل منها الدم.

والباضعة: هي التي تبضع اللحم أي تقطعه[3].

---

(١) ينظر في الشجاج غريب الحديث لأبي عبيد (٣/ ٧٥ ـ ٧٦) وفقه اللغة للثعالبي (٢٤٢) والمنتخب لكراع (٤٨٣ ـ ٤٨٤).

(٢) سميت خارصة لأنها تشق الجلد، يقال حرص القصار الثوب: إذا شقه وحرص المطر الأرض: إذا قشرها ينظر النظم (٢/ ٢٣٨).

(٣) والباضعة: التي تقطع الجلد وتشق اللحم وتدمي من بضعت اللحم: إذا قطعته قطعاً صغاراً والبضعة: القطعة. ينظر النظم: ٢/ ٢٣٨.

والمتلاحمة: هي التي تذهب في اللحم أكْثَر مما تذهب البَاضِعة فيه، هكذا روى أبو يوسف.

وقال محمد: المتلاحمة قبل البَاضِعة؛ وهي التي يتلاحم منها الدم ويسود[١]؛ والسمحاق اسم لتلك الجلدة، إلا أن الجراحة سميّت بها.

والموضحة: التي تقطع السمْحاق وتوضح العَظْم، أي تظهره[٢].

والهاشمة: هي التي تهشم العَظْم أي تكسره[٣].

والمنقلة: هي التي تنقل العظم بعد الكَسْر، أي تحوله من موضع إلى موضع[٤].

والأمّة: هي التي تصل إلى أم الدماغ، وهي جلدة تحت العظم فوق الدماغ[٥].

والدامغة: هي التي تخرق تلك الجلدة وتصل إلى الدِّماغ.

فهذه إحدى عشر شجة، ومحمد ذكر الشِّجاج تسعاً ولم يذكر الخارصة ولا الدَّامغة؛ لأن الخَارِصة لا يبقى لها أَثَر عادة، والشجة التي لا يبقى لها أثر لا حكم لها في الشَّرع، والدامغة لا يعيش الإنسان معها عَادة، بل تصير نفساً ظاهراً وغالباً فتخرج من أن تكون شَجَّة، فلا معنى لبيان حكم الشّجة فيها، لذلك ترك محمد ذكرهما، والله سبحانه وتعالى أعلم.

وأما النوع الرابع فالجراح نوعان: جَائِفة وغير جائفة؛ فالجائفة[٦] هي التي تصل إلى

---

(١) الشجة التي أخذت في اللحم ولم تبلغ السمحاق ولا فعل لها. ينظر النظم ٢/٢٣٨.

(٢) هي الشجة التي شقت الجلد واللحم والقشرة التي على العظم حتى أظهرت العظم وأبانته حتى ظهر بياضه إذ إن وضع العظم هو بياضه.

(٣) وترضه ولا تبينه والهشم: الكسر ومنه سمي هشيم الشجر لما تحطم منه قال الله تعالى: ﴿كهشيم المحتظر﴾.

(٤) هي الشجة التي تنقل العظم أي تكسره حتى يخرج منها فراش العظام ويحتاج إلى نقل العظيم ليلتئم. ينظر: أنيس الفقهاء ص ٢٩٤ والمغني ٨/٤٦.

(٥) هي الجناية (الشجة) التي نفذت الجلد واللحم والقشرة وشقت العظم فبلغت الدماغ حتى ما يبقى بينها وبين الدماغ إلا جلد رقيق وهو ما يسمى بأم الدماغ.
والمأمومة والأمة شيء واحد فأهل العراق يقولون لها الآمة وأهل الحجاز المأمومة. ولا تكون المأمومة إلا في الرأس.
ينظر: أنيس الفقهاء ص ٢٩٤.

(٦) هي ما وصل إلى الجوف من بطن أو ظهر أو ثغرة نحر أو صدر أو نحو ذلك.
والجوف المذكور هو: «من ثغرة النحر إلى المثانة» وهذا هو المعروف عند أهل العلم والمذكور في كتب اللغة. =

الجَوْف، والمواضع التي تنفذ الجِرَاحة منها إلى الجوف هي الصَّدر والظهر والبطن والجنبان وما بين الأنثيين والدبر، ولا تكون في اليَدَيْن والرجلين ولا في الرَّقبة والحلق جائفة؛ لأنه لا يصل إلى الجَوْف.

وروي عن أبي يوسف: أن ما وصل من الرقبة إلى الموضع الذي لو وصل إليه من الشراب قطرة ـ يكون جائفة؛ لأنه لا يقطر إلا إذا وَصَلَ إلى الجوف، ولا تكون الشجَّة إلا في الرأس والوَجْه، وفي مواضع العَظْم مثل الجبهة، والوجنتين والصدغين والذقن دون الخدين، ولا تكون الآمة إلا في الرَّأس والوجه وفي الموضع الذي تتخلص منه إلى الدِّماغ، ولا يثبت حكم هذه الجِرَاحات إلا في هذه المَواضع عند عامَّة العلماء ـ رضي الله عنهم ـ.

وقال بعض الناس: يثبت حُكْم هذه الجراحات في كل البَدَن، وهذا غير سديد؛ لأن هذا القائل إن رجع في ذلك إلى اللُّغة فهو غلط؛ لأن العرب تفصل بين الشَّجة وبين مطلق الجراحة، فتسمى ما كان في الرَّأس والوجه في مواضع العظم منها شجَّة، وما كان في سائر البدن جِرَاحة، فتسمية الكُلّ شجة، يكون غلطاً في اللغة، وإن رجع فيه إلى المعنى فهو خطأ؛ لأن حكم هذه الشِّجاج يثبت للشين الذي يلحق المشْجُوج ببقاء أثرها، بدليل أنها لو برأت ولم يبق لها أثر لم يجب بها أرْشٌ، والشين إنما يلحق فيما يظهر في البَدن وذلك هو الوَجْه والرَّأس، وأما ما سواهما فلا يظهر بل يغطى عادةً، فلا يلحق الشّين فيه مثل ما يلحق في الوَجْه والرأس، والله سبحانه وتعالى الموفق.

فصل في أحكام الشجاج

وأما أحكام هذه الأنواع فهذه الأنواع مختلفة الأحكامِ: منها ما يجب فيه القِصَاص.

ومنها: ما يجب فيه دية كَامِلة.

ومنها: ما يجب فيه أَرْش مقدّر.

ومنها ما يجب فيه أرْشٌ غير مقدر.

أما الذي فيه القصاص فهو الذي اسْتَجمع شرائط الوُجُوب فيقع الكلام في موضعين:

= ولا فرق في هذا بين أن يجيف بحديدة أو خشبة أو غير ذلك فالعبرة بوصول الجرح إلى الجوف. وخرج بالجوف المذكور غيره كالفم والأنف والجفن والعين وممر البول، إذ لا يعظم فيها الحظر كجائفة البطن.
ولا فرق بين الجائفة الصغيرة والكبيرة إذا لا تختلف الدية فيها بكبرها أو صغرها فمتى ما أجافه ونفذ إلى الجوف ولو بغرز إبرة ففيه ثلث الدية. ينظر: أنيس الفقهاء ص ٢٩٤، نيل الأوطار ٢١٦/٧ المغني (٤٨١٨).

أحدهما: في بيان شَرَائط وجوب القِصَاص.

والثاني: في بيان وقت الحُكْم بالقِصَاص.

أما الأول فنقول: شرائط وجوب القِصَاص أنواع، بعضها يعم النَّفس وما دونها، وبعضها يخص ما دون النفس؛ أما الشرائط العامة فما ذكرنا في بيان شَرَائط وجُوب القِصَاص في النفس، من كَوْن الجاني عاقلاً بالغاً متعمداً مختاراً، وكون المجني عليه معصوماً مطلقاً لا يكون جزء الجاني ولا ملكه، وكون الجناية حاصلة على طريق المُبَاشرة، لما ذكرنا من الدَّلائل.

وأما الشَّرَائط التي تخصُّ الجناية فيما دون النَّفْس: فمنها المماثلة بين المحلّين في المنافع والفعلين وبين الأرْشَين؛ لأن المماثلة فيما دون النَّفس معتبرة بالقَدْر الممكن، فانْعِدامها يمنع وجوب القِصَاص، والدليل على أن المماثلة فيما دون النفس معتبرة شرعاً النص والمعقول.

أما النص: فقوله تبارك وتعالى: ﴿وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ وَالعيْنَ بِالْعَيْنِ﴾ [المائدة: ٤٥] إلى قوله جل شأنه: ﴿وَالجُرُوحَ قِصَاصٌ﴾ [المائدة: ٤٥].

فإن قيل: ليس في كِتَاب الله تبارك وتعالى بيان حُكْم ما دون النَّفس، إلا في هذه الآية الشريفة، وأنه إخبار عن حكم التوراة، فيكون شريعة من قبلنا، وشَرِيعة من قبلنا لا تَلْزَمنا.

فالجواب: أن من القراء المعْرُوفين(١) من ابتدأ الكلام من قوله عز شأنه: ﴿وَالْعَيْنَ

---

(١) قوله تعالى: ﴿أَنَّ النفسَ بالنفسِ﴾: الآية. «عليهم» الضمير للذين هادُوا، و«فيها» للتوراةِ و«أن النفس بالنفس»: «أن» واسمُها وخبرُها في محلِّ نصبٍ على المفعولية بـ«كتبنا»، والتقدير: وكتبنا عليهم أَخْذَ النفسِ بالنفس. وقرأ الكسائي «والعينُ» وما عطف عليها بالرفع وقرأ نافع وحمزة وعاصم بنصب الجميع، وقرأ أبو عمرو وابن كثير وابن عامر بالنصب فيما عدا «الجروح» فإنهم يرفعونها، فأما قراءة الكسائي فوجَّهَها أبو علي الفارسي بثلاثة أوجهٍ، أحدُها: أن تكونَ الواوُ عاطفةً جملةً اسمية على جملةٍ فعليةٍ فَتَعْطِفُ الجملَ كما تعطِفُ المفردات، يعني أنَّ قولَه: «والعين» مبتدأ، و«بالعين» خبره، وكذا ما بعدها والجملةُ الاسميةُ عطفٌ على الفعليةِ من قولِهِ: «وكتبنا» وعلى هذا فيكون ذلك ابتداءَ تشريع، وبيانَ حكم جديد غيرِ مندرج فيما كتب في التوراة، قالوا: وليست مشركة للجملة مع ما قبلها لا في اللفظ ولا في المعنى. وعَبَّر الزمخشري عن هذا الوجهِ بالاستئنافِ، قال: «أو للاستئنافِ، والمعنى: فَرَضْنا عليهم أنَّ النفسَ مأخوذةٌ بالنفسِ مقتولةٌ بها إذا قَتَلَتها بغيرِ حقٍّ، وكذلك العينُ مفقوءةٌ بالعينِ، والأنفُ مجدوعٌ بالأنف، والأذنُ مصلومةٌ أو مقطوعة بالأذن، والسنُّ مقلوعةٌ بالسن، والجروحُ قصاصٌ وهو المُقاصَّة»، وتقديرهُ: أنَّ النفسَ مأخوذةٌ بالنفس، سبقه إليه الفارسي، إلا أنه قَدَّر ذلك في جميع المجروراتِ، أي: والعينُ مأخوذةٌ بالعين إلى آخره، والذي قَدَّره الزمخشري مناسبٌ جداً، فإنه قَدَّر متعلَّق كلِّ مجرور بما يناسبهُ: فالفَقْءُ للعينِ، والقلعُ للسنِّ، والصَّلْمُ للأذن، والجذعُ للأنف. إلا أنَّ الشيخ كأنه غَضَّ منه حيث =

بِالْعَيْنِ﴾ [المائدة:٤٥] بالرفع إلى قوله تبارك وتعالى: ﴿فَمَنْ تَصَدَّقَ بِهِ﴾ على ابتداء الإيجاب لا

= قَدَّر الخبر الذي تعلَّق به المجرورُ كوناً مقيداً. والقاعدةُ في ذلك إنما يقَّدر كوناً مطلقاً، قال: «وقال الحوفي: «بالنفس» يتعلَّقُ بفعلٍ محذوفٍ تقديرهُ يجب أو يستقر، وكذا العينُ بالعينِ وما بعدها، فقدَّر الكونَ المطلقَ، والمعنى: يستقر قَتْلُها بقتل النفس» إلا أنه قال قبل ذلك: «وينبغي أنْ يُحمل قولُ الزمخشري على تفسيرِ المعنى لا تفسير الإعراب» ثم قال: «فقدَّر ـ يعني الزمخشري ـ ما يقربُ من الكونِ المطلق وهو: «مأخوذٌ»، فإذا قلت: «بعت الشياه شاةً بدرهم فالمعنى: مأخوذة بدرهم، وكذلك الحر بالحر أي: مأخوذ».

الوجه الثاني من توجيه الفارسي: أن تكونَ الواوُ عاطفةً جملةً اسمية على الجملة من قوله: «أنَّ النفسَ بالنفس»، لكنْ من حيث المعنى لا من حيث اللفظُ، فإنَّ معنى «كَتَبْنا عليهم أنَّ النفس بالنفس» قلنا لهم النفس بالنفس، فالجملُ مندرجةٌ تحت الكَتْبِ من حيث المعنى لا من حيث اللفظُ. وقال ابنُ عطية: «ويُحتمل أن تكونَ الواوُ عاطفةً على المعنى، وذكر ما تقدم، ثم قال: «ومثلُه لَمَّا كان المعنى في قوله: ﴿يُطاف عليهم بكأسٍ من مَعِين﴾ يُمْنحون عَطَفَ «وحوراً عينا» عليه، فنظَّر هذه الآية بتلك لاشتراكِهما في النظرِ إلى المعنى دونَ اللفظِ وهو حسنٌ.

قال الشيخ: «وهذا من العطفِ على التوهُّم، إذ توهَّم في قوله «أنَّ النفسَ بالنفس»: النفسُ بالنفسِ وضعَّفه بأن العطف على التوهُّم لا ينقاس. والزمخشري نحا إلى هذا المعنى، ولكنه عَبَّر بعبارةٍ أخرى فقال: «الرفع [للعطف] على مَحلِّ «أنَّ النفسَ» لأن المعنى: «وكتبنا عليهم النفسُ بالنفس: إمَّا لإجراء «كتبنا» «مُجْرى» قُلْنا، وإمَّا أن معنى الجملة التي هي «النفس بالنفس» مِمَّا يقع عليه الكَتْب كما تقع عليه القراءة تقول: كَتَبْتُ: الحمدُ لله وقرأت: سورةٌ أنْزلناها، ولذلك قال الزجاج: «لو قُرىء إنَّ النفسَ بالنفسِ بالكسرِ لكان صحيحاً». قال الشيخ: «هذا هو [الوجهُ] الثاني من توجيه أبي عليّ، إلا أنه خَرَج عن المصطلح حيث جَعَلَه من العطفِ على المحلِّ وليس منه، لأنَّ العطفَ على المحل هو العطفُ على الموضعِ، وهو محصورٌ ليس هذا منه، ألا ترى أنَّا لا نقول: «أنَّ النفسَ بالنفس» في محلِّ رفع لأنَّ طالبَه مفقودٌ، بل «أن» وما في حَيِّزها بتأويلِ مصدرٍ لفظُه وموضعُه نصبٌ، إذ التقديرُ: كَتَبْنا عليهم أَخْذَ النفسِ».

قلت: والزمخشري لم يَعْنِ أنَّ «أنَّ» وما في حَيِّزها في محل رفع فعطف عليها المرفوعَ حتى يُلْزِمَه الشيخُ بأنَّ لفظها ومحلها نصبٌ، إنما عَنَى أنَّ اسمَها محلُّه الرفعُ قبلَ دخولها، فراعى العطفَ عليه كما راعاه في اسم «إنَّ» المكسورة. وهذا الردُّ ليس للشيخِ، بل سَبَقَه إليه أبو البقاء فأخذه منه. قال أبو البقاء: «ولا يجوز أن يكونَ معطوفاً على «أنَّ» وما عملت فيه؛ لأنها وما عملت فيه في موضع نصب» انتهى.

قال الشيخ شهاب الدين أبو شامة: «فمعنى الحديث: قُلْنا لهم: النفسُ بالنفسُ، فَحَمَل «العين بالعين» على هذا، لأنَّ «أنَّ» لو حُذِفت لاستقام المعنى بحذفِها كما استقام بثبوتها، وتكون «النفس» مرفوعة فصارت «أنَّ» هنا كـ«إنَّ» المكسورة في أنَّ حَذفها لا يُخِلُّ بالجملةِ، فجاز العطفُ على محل اسمِها كما يجوزُ على محلِّ اسم المكسورة، وقد حُمِل على ذلك: ﴿أنَّ الله بريء من المشركين ورسوله﴾.

قال الشيخ أبو عمرو ـ يعني ابن الحاجب ـ ورسولُه بالرفع معطوف على اسم «أنَّ» وإنْ كانت مفتوحة لأنها في حكم المكسورة، وهذا موضعٌ لم يُنَبَّه عليه النحويون». قلت: بلى قد نَبَّه النحويون على ذلك واختلفوا فيه، فجوَّزه بعضهم وهو الصحيحُ، وأكثرُ ما يكون ذلك بعد «علم» أو ما في معناه كقوله:

وَإِلاَّ فَـاعْـلَـمُـوا أَنَّـا وَأَنْـتُـمْ بُـغَـاةٌ مَـا بَـقِـيـنَـا فِـي شِـقَـاقِ

ينظر: الدر المصون (٢/٥٢٩ ـ ٥٣١).

على الإخبار عما في التوراة، فكان هذا شريعتنا لا شَريعة من قَبْلَنا، على أن هذا إن كان إخباراً عن شَريعة التّوراة، لكن لم يثبت نسخه بكتابنا ولا بسنة رسولنا ـ ﷺ ـ، فَيَصير شريعة لنبينا ﷺ مُبْتَدأة، فيلزمنا العمل به على أنه شريعة رسولنا ﷺ لا على أنه شريعة من قبله من الرُسل، على ما عرف في أصول الفقه[١]، إلا أنه لم يذكر وجُوب القصاص في اليد والرجل نصاً، لكن الإيجاب في العَيْن والأنف والأذن والسن إيجاب في اليد والرجل دلالة/ ؛ لأنه لا ينتفع بالمَذْكُور من السَّمع والبصر والشم والسن إلا صاحبه. ٣/٤٩ب

ويجوز أن ينتفع باليد والرّجل غير صاحبهما، فكان الإيجاب في العُضو المنتفع به في حقِّه على الخصوص إيجاباً فيما هو منتفع به في حَقِّه وفي حق غيره من طريق الأوْلَى، فكان ذكر هذه الأعْضَاء ذكراً لليد والرجل بطريق الدلالة له؛ كما في التَّأفف مع الضَّرب في الشتم، على أن في كتابنا حُكْم ما دون النفس، قال الله تعالى: ﴿فَمَنِ ٱعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَٱعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا ٱعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ﴾ [البقرة:١٩٤] وقال الله تعالى عز شأنه: ﴿وَإِنْ عَاقَبْتُمْ فَعَاقِبُوا بِمِثْلِ مَا عُوقِبْتُمْ بِهِ﴾ [النحل:١٢٦] وأحق ما يعمل فيه بهاتَيْنِ الآيتين ما دون النَّفْس، وقال تبارك وتعالى: ﴿مَنْ عَمِلَ سَيِّئَةً فَلاَ يُجْزَىٰ إلاَّ مِثْلَهَا﴾ [غافر:٤٠] ونحو ذلك من الآيات.

وأما المعْقُول فهو أن ما دون النَّفس له حكم الأموال؛ لأنه خلق وقاية للنفس كالأموال.

ألا ترى أنه يستوفي في الحلّ والحرم كما يستوفي المال؛ وكذا الوصي يلي استيفاء ما دون النَّفس الصغير كما يلي استيفاء ماله، فتعتبر فيه المُمَاثلة، كما تعتبر في إتْلاف الأموال.

ومنها: أن يكون المثل ممكن الاسْتِيَفاء؛ لأن استيفاء المثل بدون إمكان استيفائه ممتنع، فيمتنع وجُوب الاسْتِيفاء ضَرُورة، ويبتني على هذين الأصلين مسائل. فنقول وبالله تعالى التوفيق: لا يؤخذ شيء من الأصل إلا بمثله، فلا تؤخذ اليد إلا باليد لأن غير اليد ليس من جِنْسِها، فلم يكن مثلاً لها؛ إذ التَّجانس شرط للمماثلةَ؛ وكذا الرجل والأصبع والعين والأنف ونحوها لما قلنا؛ وكذا الإبهام لا تؤخذ إلا بالإبهام، ولا السبابة إلا بالسبابة، ولا الوُسْطَى إلا بالوسطى، ولا البنصر إلا بالبنصر، ولا الخنصر إلا بالخنصر؛ لأن منافع الأصابع مختلفة فكانت كالأجناس المختلفة.

وكذلك لا تؤخذ اليد اليمين إلا باليَمِين، ولا اليسرى إلا باليسرى؛ لأن لليمين فضلاً على اليسار؛ ولذلك سُمِّيت يميناً، وكذلك الرجل وكذلك أصابع اليَدَيْن والرجلين لا تُؤْخذ اليمين منها إلا باليمين ولا اليسرى إلا باليسرى، وكذلك الأعين لما قلنا؛ وكذلك الأسنان لا

---

(١) تقدم بيان ذلك.

تؤخذ الثنية إلا بالثنية، ولا النَّاب إلا بالنابِ، ولا الضِّرس إلا بالضرس لاختلاف منافعها؛ فإن بَعْضها قواطع وبعضها طَوَاحن وبعضها ضَوَاحِك، واختلاف المَنْفعة بين الشَّيئين [ملحقة بالجنسين][1] ولا مماثلة عند اخْتِلافِ الجِنس.

وكذا لا يؤخذ الأعْلَى منها بالأسفل، ولا الأسفل بالأعلى، لتفاوت بين الأعْلَى والأسفل في المنفعة، ولا يؤخذ الصَّحيح من الأطْرَاف إلا بالصَّحيح منها، فلا تقطع اليَد الصَّحيحة ولا كاملة الأصابع بناقصة الأصابع أو مفْصل من الأصابع؛ وكذلك الرجل والأصبع وغيرها؛ لعدم المماثلة بين الصَّحيح والمعيب.

وإن كان العَيْب في طرف الجاني، فالمجني عليه بالخِيَار؛ إن شاء اقتص وإن شاء أخذ أرش الصَّحيح؛ لأن حقّه في المِثْل وهو السليم؛ ولا يمكنه استيفاء حقّه من كل وجْهٍ مع فوات صفة السَّلامة، وأمكنه الاستيفاء من وجه، ولا سبيل إلى إلزام الاستيفاء حتماً؛ لما فيه من إلزام استيفاء حقِّه ناقصاً، وهذا لا يجوز، فيخير إن شاء رضي بقدر حقه واستوفاه ناقصاً، وإن شاء عدل إلى بدل حقه وهو كمال الأرش؛ كمن أتلف على إنسان شيئاً له مثل والمتلف جيد، فانقطع عن أيدي النَّاس ولم يبق منه إلا الرديء ـ أن صاحب الحق يكون بالخِيَار؛ إن شاء أخذ الموجود ناقصاً، وإن شاء عدل إلى قيمة الجيد لما قلنا؛ كذا هذا.

ولو أراد المجني عليه أن يأْخُذه ويضمنه النُّقصان، هل له ذلك؟ قال أصحابنا ـ رحمهم الله تعالى ـ: ليس له ذلك.

وقال الشافعي: له ذلك.

وجه قوله: إن حقه في المثل ولا يمكنه استيفاؤه من هذه اليد من كل وجه، فيستوفي حقه منها بقَدْر ما يمكن ويضمنه الباقي؛ كما لو أتلف على آخر شيئاً من المثليات، فانقطع عن أيدي الناس إلا قدر بعض حقه ـ أنه يأخذ القدر الموجود من المتلف ويضمنه الباقي، كذا هذا.

ولنا: أنه قادر على استيفاء أصل حقه، وإنما الفائت هو الوصْف وهو صفة السَّلامة؛ فإذا رضي باستيفاء أصل حقه ناقصاً، كان ذلك رضا منه بسقوط حقه عن الصِّفة؛ كما لو أتلف شيئاً من ذوات الأمثال وهو جيد، فانقطع عن أيدي الناس نوع الجيد، ولا يوجد إلا الرديء منه ـ أنه ليس له إلا أن يأخذه أو قيمة الجيد كذلك، هذا بخلاف ما ذكره من المسألة؛ لأن هناك حق المتلف عليه متعلق بمثل المتْلف: بكل جزءٍ من أجزائه صورةً ومعنى، فكان له أن يستوفي

---

(١) في ط: يلحقها بجنسين.

الموجود، ويأخذ قيمة الباقي، وههنا حق المجني عليه لم يتعلَّق إلا بالقَطْع من المفصل دون الأصابع؛ بدليل أنه لو أراد أن يقطع الأصابع ويبرأ عن الكف ليس له ذلك، فلم تكن الأصابع عين حقه إن كان البعض قطع الأصابع؛ بأن كانت جارية مجرى الصِّفة كالجودة في المكيل، فلا يكون له أن يُطَالب بشيء آخر كما في تلك المسْألَة.

ولو ذهبت الجَارِحة المعينة قبل أن يختار المجْني عليه، أخذها أو قطعها قاطع ـ باطل حق المجني عليه في القِصَاص لفوات محله.

وهل يجب الأرش على الجاني؟ فالكلام فيه كالكَلاَم فيما إذا قطع يداً صحيحة، وهو على التفْصيل الذي ذكرنا فيما تقدم/ أنها إن سقطت بآفة سماوية أو قطعت ظلماً لا شيء عليه، ولو قطعت بحق من قِصَاص أو سرقة فعليه أرش اليَدِ المقطوعة. ٣/ ١٥٠أ

وعند الشَّافعِي ـ رحمه الله ـ: عليه الأرش في الوَجْهَين، والكلام فيه راجع إلى أصل وقد تقدم ذكره؛ وهو أن موجب العمد القِصَاص عيناً عندنا في النفس وما دونه، وعنده: أحدهما غير عين في قول، وفي قول: القصاص عينا لكن مع حق العَدُول إلى المال، وقد ذَكَرْنا هذا الأصل بفروعه في بيان حكم الجِنَاية على النفس، إلا أنه إذا كان القَطْع بحقّ يجب الأرش؛ لأنه قضى بالطرف حقاً مستحقاً عليه، فصار كأنه قائم وتعذر استيفاء القِصَاص؛ لعذر الخطأ وغيره على ما مر ذكره.

وإذا ثبت هذا في الصَّحيحة فنقول: حق المَجْني عليه كان متعلّقاً باليد المعينة بعينها، وإنما ينتقل عنها إلى الأرش عند اختياره؛ فإذا لم يختر حتى هَلَكت، بقي حقه متعلقاً باليد.

فإن قيل: أليس ـ أنه ـ مخيراً بين القِصَاص والأرش، فإذا فات أحدهما تعين الآخر.

قيل: لا بل حقه كان في اليد على التَّعيين، إلا أن له أن يعدل عنه إلى بدله عند الاختيار، فإذا هلك قبل الاخْتِيَار بقي حقه في اليَدِ؛ فإذا هلكت، فقد بطل محل الحق فبطل الحق أصلاً ورأساً، والله تعالى عز وجل الموفق.

ولو كانت يد القَاطِع صحيحةِ وقت القَطْع، ثم شلت بعده ـ فلا حق للمْقْطوع في الأرش؛ لأن حَقَّه ثبت في اليَدِ عيناً بالقَطْع، فلا ينتقل إلى الأرش بالنقصان؛ كما إذا ذهب الكُل بآفة سماوية ـ أنه يسقط حقه أصلاً ولا ينتقل إلى الأرش لما قلنا؛ كذا هذا.

ولا قِصَاص إلا فيما يقطع من المَفَاصِل؛ مفصل الزند؛ أو مفصل المرفق، أو مفصل الكتف في اليد، أو مفصل الكعب أو مفصل الركبة، أو مفصل الورك في الرجل، وما كان من غير المفاصل فلا قِصَاص فيه؛ كما إذا قطع من الساعد أو العضد أو السَّاق أو الفخذ؛ لأنه يمكن استيفاء المِثْل من المفَاصِل، ولا يمكن من غيرها، وليس في لحم السَّاعد والعضد

والسَّاق والفخذ، ولا في الألية - قصاص ولا في لحم الخدّين ولحم الظهر والبَطْن، ولا في جلدة الرأس وجلدة اليدين، إذا قطعت لتعذر استيفاء المثل، ولا في اللَّطمة والوكزة والوجأة والدقة لما قلنا. ولا يؤخذ العَدَد بالعدد، فيما دون النَّفس مما يجب على أحَدِهما فيه القِصَاص لو انفرد كالاثنين إذا قطعا يد رجُل أو رجله أو أصبعه، أو أذهبا سمعه أو بصره، أو قلعا سنا له أو نحو ذلك من الجَوَارِح التي على الوَاحِد منهما فيها القِصَاص، لو انفرد به - فلا قِصَاص عليهما وعليهما الأرْش نصفان؛ وكذلك ما زاد على الثلاث من العَدَد فهو بمنزلة الاثنين، ولا قصاص عليهم وعليهم الأرش على عددهم بالسواء، وهذا عندنا، وعند الشافعي: يَجِبُ القِصَاص عليهم، وإن كثروا كما في النفس.

واحتج بما روي أن رَجُلين شهدا بين يدي سيدنا علي - رضي الله تعالى عنه - على رجل بالسَّرقة، فأمر بقطع يده ثم جاءَا بآخر، وقالا: أوهمنا إنما السارق هذا يا أمير المؤمنين، فقال سيدنا علي - رضي الله عنه - لا أصدقكما على هذا وأغرمكما دية الأول، ولو علمت أنكما تعمدتما لقطعت أيديكما[1]، فقد اعتقد سيدنا علي - رضي الله عنه - قطع اليدين بيد واحدة، وإنما قال ذلك بمحْضَر من الصحابة - رضي الله تعالى عنهم - ولم ينقل أنه أنكر عليه أحد منهم، فيكون إجماعاً؛ ولأن اليد تابعة للنفس، ثم الأنفس تقتل بِنَفْس واحدة، فكذا الأيدي تُقْطع بيد واحدة؛ لأن حكم التبع حكم الأصْل.

ولنا: أن المماثلة فيما دون النَّفس معتبرة؛ لما ذكرنا من الدَّلائل، ولا مماثلة بين الأيدي، ويد واحدة لا في الذَّات ولا في المنفعة ولا في الفعل.

أما في الذات: فلا شك فيه؛ لأنه لا مماثلة بين العدد بين الفَرْد من حيث الذات، يحققه أنه لا تقطع الصَّحيحة بالشلاء، والفائت هو المماثلة من حيث الوَصْفِ فقط، ففوات المُمَاثلة في الوَصْف لما منع جريان القِصَاص، ففواتها في الذَّات أولى.

وأما في المنفعة: فلأن من المَنَافع ما لا يتأتى إلا باليَدَيْن؛ كالكتابه والخياطة ونحو ذلك؛ وكذا منفعة اليَدَيْن أكثر من مَنْفَعة يد واحدة عادة.

وأما في الفعل: فلأن الموجود من كل واحدٍ منهما قطع بعض اليد؛ كأنه وضع أحدهما السّكين من جانب والآخر من جانب آخر، والجزاء قطع كل واحدٍ من كل واحدٍ منهما، وقطع كلّ اليد أَكْثر من قطع بعض اليَدِ، وانعدام المماثلة من وجهٍ تكفي لجريان القِصَاص، كيف وقد انعدمت من وُجُوه؟.

---

(١) أخرجه البيهقي في الكبرى (١٠/ ٢٥١) كتاب الشهادات، باب الرجوع عن الشهادة.
ورواه أيضاً في المعرفة (٧/ ٤٥٢ - ٤٥٣) كتاب الشهادات، باب الرجوع عن الشهادة.
من طريق الشافعي عن سفيان عن مطرف عن الشعبي: أن رجلين أتيا علياً فشهدا على رجل. . . فذكره.

وأما قول سيدنا علي ـ رضي الله عنه ـ فلا حجة له فيه؛ لأنه إنما قال ذلك على سبيل السِّياسة؛ بدليل أنه أضاف القَطْع إلى نفسه، وذا لا يكون إلا بطريق السِّياسة، والله سبحانه وتعالى أعلم.

ولو قطع رجل يميني رجلين تقطع يمينه، ثم إن حضرا جميعاً فلهما أن يقطعا يمينه، ويأخذا منه دية يد بينهما نصفين، وهذا قول أصحابنا ـ رحمهم الله ـ. وقال الشافعي ـ رحمه الله ـ: إذا كان على التَّعاقب، يقطع للأول ويغرم الدية للثَّاني/ كما قَالَ في القتل، وإن كان على الاجتماع يقرع بينهما، فيقطع لمن خرجت قرعته، ويغرم للآخر الدية كما قال في النفس. ٣/٥٠ب

وجه قوله: إنه إذا قطع على التَّرتيب، صارت يده حقاً للأول، فلا تصير حقًّا للثاني، فتجب الدية للثَّاني؛ وإذا قطع اليدين على الاجتماع، فقد صارت يده حقاً لأحدهما غير عين، وتتعين بالقرعة.

ولنا: أنهما استويا في سبب اسْتِحْقَاق القِصَاص، فيستويان في الاستحْقاق؟ ودليل الوصف أن سبب الاسْتِحَقَاقِ قطع اليد، وقد وجد قطْع اليد في حق كل واحد منهما، فيستحق كل واحدٍ منهما قَطْع يده، ولا يحصل من كل واحدٍ منهما في يد واحدةٍ إلا قَطْع بعضها، فلم يستوف كل واحدٍ منهما بالقَطْع إلا بعض حقه، فيستوفي الباقي من الأرش؛ ولأن كل واحد منهما لما استوفى بعض حقه بقطع اليد، صار القاطع قاضياً ببعض يده حقًّا مُسْتحقاً عليه، فيجعل كأن يده قائمة، وتعذر استيفاء القِصَاص لعذر، فتجب الدِّية.

وقوله: صارت يده حقاً لمن له في القِصَاص، ممنوع؛ فإن ملك القصاص ليس ملك المحل، بل هو ملك الفِعْل وهو إطلاق الاستيفاء؛ لأن حرية من عليه تمنع ثبوت الملك؛ لأنها تنبىء عن الخلوص، والملك في المحل بثُبُوت فيه ينافيه الخُلُوص.

والدليل عليه: أنه لو قطعت يده بغير حقٍ ثابت، كانت الدية له؛ ولو صَارَت يده مملوكةً لمن له القِصَاص، لكانت الدية له ـ دل أن ملك القصاص ليس هو ملك المحل، بل ملك الفِعْل؛ وهو إطلاق الاستيفاء، ولا تنافي فيه، فإطلاق الاستيفاء للأول لا يمنع إطلاق استيفاء الثاني.

وهذا بخلاف النفس، أن الواحد يقتل بالجماعة اكتفاء؛ لأن هناك كل واحد منهم اسْتَوفى حقه على الكمال؛ لأن حقه في القتل، وكل واحدٍ منهم استوفى القتل بكماله؛ لما ذكرنا في الجناية على النفس فيما تقدم؛ وإن حضر أحدهما والآخر غائب، فللحاضر أن يقتصّ ولا ينتظِر الغائب؛ لما ذكرنا أن حقّ كل واحدٍ منهما ثابت في كل اليد، وإنما التمانع في استيفاء الكُلِّ بحكم التَّزاحم بحكم المُشَاركة في الاستيفاء، فإذا كان أحدهما غائباً فلا يزاحم الحاضر، فكان

له أن يستوفي؛ كأحد الشَّفِيعَيْن إذا حضر يقضى له بالشفعة في كل المبيع؛ ولأن حق الحَاضِر إذا كان ثابتاً في كل اليَدِ وأراد الاستيفاء، والغائب قد يحضر وقد لا يَحْضرُ، وقد يطالب بعد الحضور وقد يعفو، فلا يجُوز تأخير حق الحَاضِر في الاستيفاء، والمنع منه للحال بعد طلبه لأمر محتمل؛ ولهذا قضى بالشفعة لأحد الشفيعين إذا حضر وطلب، ولا ينتظر حضور الغائب، كذا هذا، وللآخر دية يده على القَاطِع؛ لأنه تعذر استيفاء حقّه بعد ثبوته فيصار إلى البدل؛ ولأن القاطع قضى[1] به حقاً مستحقًّا عليه فيلزمه الدية.

وإن عفا أحدهما بطل حقه، وكان للآخر القِصَاص إذا كان العفو قبل قضاء القاضي بالإجماع؛ لأن حقَّ كل واحد منهما ثابتٌ في اليدِ على الكَمَال، فالعفو من أحدهما لا يؤثر في حق الآخر؛ كما في القِصَاص في النفس؛ وكذلك لو عدا أحدهما على القَاطِع فقطع يده، فقد استَوَفى حقه، فللآخر الدِّية لما ذكرنا.

وأما إذا قضى القَاضِي بالقِصَاص بينهما، ثم عفا أحدهما ـ فللآخر أن يستوفي القصاص في قولهما استحساناً.

وقال محمد ـ رحمه الله ـ: إذا قضى القَاضِي بالقَصاص في اليد بينهما نصفين، وبدية اليد بينهما نصفين، ثم عفا أحدهما ـ بطل القِصَاص.

وجه قوله: إن حق كل واحد منهما وإن كان ثابتاً في كل اليد، لكن القَاضِي لما قضى بالقِصاص بينهما، فقد أثبت الشركة بينهما، فَصَار حق كل واحد منهما في البَعْض، فإذا عفا أحدهما سقط البعض، ولا يتمكّن الآخر من اسْتِيفَاء الكل.

وجه قولهما: إن قضاء القاضي بالشّركة لم يصادف محله؛ لأن الشرع ما ورد بوجوب القَطْع في بعض اليد، فيلحق بالعدم أو يجعل مجازاً عن الفتوى؛ كأنه أفتى بما يجب لَهما، وهو أن يجتمعا على القَطْع ويأخذ الدية بينهما، فكان عفو أحدهما بعد القَضَاء كعفوه قبله.

ولو قضى القَاضِي بالدية بينهما فقبضاها، ثم عَفَا أحدهما لم يكن للآخر القِصَاص، وينقلب نصيبه مالاً، لأنهما لما قبضا الدية فقد ملكاها، وثبوت الملك في الدية يقتضي ألاَّ يبقى الحق في كُلِّ اليد، فسقط حقّ كل واحدٍ منهما عن نصف اليد[2]، فإذا عفا أحدهما لا يثبت للآخر ولاية استيفاء كل اليد.

وكذلك لو أخذ بالدية رهناً؛ لأن قَبْض الرهن قبض استيفاء؛ لأن الدين كأنه في الرهن؛ بدليل أنه إذا هلك يسقط الدين، فصار قبضهما الرهن كقبضهما الدين.

---

(١) في أ: وَفَى. (٢) في أ: الدية.

ولو أخذا بالدية كفيلاً، ثم عفا أحدهما ـ فللآخر القصاص؛ لأنه ليس في الكفالة معنى الاسْتِيفَاء، بل هو للتوثق لجانب الوُجُوب، فكان الحكم بعد الكفالة كالحكم قبلها.

ولو قطع من رجل يديه أو رجليه، قطعت يداه أو رجلاه؛ لأن استيفاء المثل ممكن، ولو قطع/ من رَجُل يَمِينه ومن آخر يساره ـ قطعت يمينه لصاحب اليمين، ويساره لصاحب اليسار؛ لأن تَحْقِيقِ المماثلة فيه وأنه ممكن. ٣/ ١٥١أ

فإن قيل: القَاطِع ما أبطل عليهما مَنْفَعة الجنسين، فكيف تبطل عليه منفعة الجنس؟.

فالجواب: أن كل واحد منهما ما استحق عليه إلا قَطْع يد واحدة، وليس في قطع يدٍ واحدة تَفْويت منفعة الجنس، فكان الجزاء مثل الجِنَاية، إلا أن فوات منفعة الجِنْس عند اجْتِماع الفِعْلين[1] حصل ضرورة غير مضافٍ إليهما. ولو قطع أصبع رجل كلها من المفْصل، ثم قطع يد آخر، أو بدأ باليد ثم يقطع الأصبع، وذلك كله في يد واحدةٍ في اليمين أو في اليسار ـ فلا يخلو إما إن جاءا جميعاً يطلبان القِصَاص، وإما إن جاءا متفرّقين، فإن جاءا جميعاً يبدأ بالقصاص في الأصبع، فتقطع الأصبع بالأصبع، ثم يخير صاحب اليد فإن شاء قطع ما بقي، وإن شاء أخذ دية يده من مَالِ القَاطِع؛ لأن حق كل واحدٍ منهما في مثل ما قطع منه، فحقّ صاحب اليد في قطع اليد، وحق صاحب الأصبع في قطع الأصبع، فيجب إيفاء حق كل واحدٍ منهما بقدر الإمكان، وذلك في البداية بالقِصَاص في الأصبع؛ لأنا لو بدأنا بالقصاص في اليد، لبطل حقّ صاحب الأصبع في القِصَاص أصلاً ورأساً؛ ولو بدأنا بالقِصَاص في الأصبع، لم يبطل حق الآخر في القصاص أصلاً ورأساً؛ لأنه يتمكن من استيفائه مع النُّقصان، فَكَانت البداية بالأصبع أوْلَى، وإنما خيّر صاحب اليد بعد قطع الأصبع؛ لأن الكف صارت معيبة بقطع الأصبع، فوجد حقه ناقصاً فيثبت له الخيار؛ كالأشل إذا قطع يد الصّحيح، وإن جاءا متفرقين، فإن جاء صَاحِب اليد وصاحب الأصبع غائب ـ تقطع اليد لصاحب اليد؛ لأن حق صَاحِب اليد ثابتٌ في اليَدِ، فلا يجوز منعه من استيفاء حقه لحق غائب[2] يحتمل أن يحضر، ويطالب ويحتمل ألاَّ يحضر ولا يطالب، فإن جاء صاحب الأصبع بعد ذلك أخذ الأرش؛ لتعذر استيفاء حقه عليه بعد ثبوته فيأخذ بدله؛ ولأن القَاطِع قضى بطرفه حقاً مستحقاً عليه فصار كأنه قائم، وتعذر الاستيفاء لمانع فيلزمه الأرش، وإن جاء صاحب الأصبع وصاحب اليد غائب ـ تقطع الأصبع لصاحب الأصبع؛ لما ذكرنا في صاحب اليد، ثم إذا جاء صَاحِب اليد بعد ذلك أخذ الأرش لما قلنا.

---

(١) في ط: و.
(٢) في أ: القطعين.
(٣) في أ: فائت.

ولو قطع أصبع رجلٍ من مفصل، ثم قطع أصبع رجلٍ آخر من مفصلين، ثم قطع أصبع آخر كلها، وذلك كله في أصبعٍ واحدة ـ فهو على التفصيل الذي ذكرنا: أن الأمر لا يخلو إما إن جَاؤوا جميعاً يطلبون القِصَاص، وإما إن جاؤوا متفرقين؛ فإن جاؤوا جميعاً يبدأ بقطع المفصل الأعلى لصاحب الأعلى، ثم يخير صاحب المفصلين؛ فإن شاء استوفى الأوْسط بحقّه كله ولا شيء له من الأرش، وإن شاء أخذ ثلثي دية أصبعه من ماله، ثم يخير صاحب الأصبع، فإن شاء أخذ ما بقي بأصبعه، وإن شاء أخذ دية أصبعه من مال الذي قطعها؛ وإنما كان كذلك لما بينّا أن حق كل واحدٍ منهما في مثل ما قطع منه، فَيجِبُ إيفاء حقوقهم بقدر الإمْكان، وذلك في البداية بما لا يُسْقط حق بعضهم؛ وهو أن يبدأ بقطع المفصل الأعلى لصاحب الأعلى؛ لأن البداية لا تبطل حق الباقين في القِصَاص أصلاً؛ لإمكان استيفاء حَقَّيهما مع النقصان، وفي البداية بالقِصَاص في الأصبع إبطال حق الباقين أصلاً، ورب رجل يختار القِصَاص وإن كان ناقصاً تشفياً للصّدر.

وإذا قطع منه المفصل الأعلى لِصَاحِب الأعلى ـ يخير الباقيان؛ لأن كل واحد منهما وَجَد حقه ناقصاً؛ لحدوث العَيْب بالطرف.

وإن جاؤوا متفرّقين: فإن جاء صَاحب الأصبع أولاً ـ تقطع له الأصبع لما ذكرنا في المسألة المتقدمة؛ فإذا جاء الباقيان بعد ذلك، يقضى لهما بالأرش لصاحب المفصل الأعْلَى ثلث دية الأصبع، ولصاحب المفصلين ثلثا دية الأصبع لما قلنا.

وإن جاء صَاحِب المفصلين أولاً، يقطع له المفصلان لما ذكرنا في المسألة المتقدمة، ويقضى لِصَاحِب المفصل الأعلى بالأرش؛ لما مر، وصاحب الأصبع بالخيار إن شاء أخذ ما بقي واستوفى حقه ناقصاً، وإن شاء أخذ دية الأصبع لما مر. وإن جاء صاحب الأعلى أولاً، فهو كما إذا جاؤوا معاً وقد ذكرنا حكمه، والله أعلم.

ولو قطع كفّ رجل من مفصلٍ، ثم قطع يد آخر من المرفق، أو بدأ بالمرفق ثم بالكَفِّ وهما في يد واحدة في اليَمِين أو في اليَسَار، ثم اجتمعا ـ فإن الكف يقطع لِصَاحِب الكَفّ، ثم يخير صاحب المرفق، فإن شاء قَطَع ما بقي بحقه كله، وإن شاء أخذ الأرش لما بينا.

وإن جاء أحدهما والآخر غائب، فإن جاء صاحب الكَفّ ـ قطع له الكف ولا ينتظر الغَائِب لما مر، ثم إذا جاء صاحب المرفق أخذ الأرْش، وإن جاء صَاحِب المرفِق أو لا يقطع له المرفق أولاً، ثم إذا جاء صَاحب اليد بعد ذلك يأخذ أرْشِ اليَدِ، والله سبحانه وتعالى أعلم.

٣/ ٥١ب ولو قطع المفصل الأعلى من سبابة رجُل، ثم عاد فقطع/ المفصل الثاني منها ـ فعليه القِصَاص من المفصل الأول، ولا قصاص عليه في المفصل الثاني، وعليه قيمة الأرش؛

وكذلك لو قطع أصبع رجل من أصْلِها ثم قطع الكَفّ التي منها الأصبع ـ كان عليه القِصَاص في الأصبع، ولا قصاص عليه في الكفّ، وعليه الأرش في الكفّ ناقصة بأصبع.

وكذلك لو قطع يد رَجُل وهي صحيحة، ثم قطع ساعده من المرفق من اليد التي قَطَع منها الكَفّ ـ عليه في اليد القِصَاص، ولا قصاص عليه في السَّاعد، بل فيه أرش حكومة، كذا روي عن أبي حنيفة ـ رضي الله عنه ـ، ولم يفصل بين ما إذا كانت الجناية الثَّانية بعد برء الأولى أو قبلها.

وقال أبو يوسف ومحمد ـ رحمهما الله تعالى ـ: إذا كان الثانية بعد برء الأولى، فهما جنايتان متفرِّقتان، وإن كانت قبل البرء فهي جِنَاية واحدة، ذكر قولهما في الزيادات.

وجه قولهما: إن الجنايتين إذا كانتا قبل البرء، فهما في حكم جنايةٍ واحدةٍ، بدليل أن من قطع يد رجل خطأ ثم قتله، وجبت عليه دية واحدة، فصار كأنه قطع المفصلين معاً بضربة واحدةٍ، فيجب القِصَاص فيهما، وإذا برئت الأولى فقد استقرت واستقرّ حكمها، فكانت الثَّانية جناية مفردة من مفصل مفردٍ، فتفرد بحكمها، فيجب القِصَاص في الأولى والأرش في الثانية.

ولأبي حنيفة ـ رضي الله عنه ـ: أن وقت قطع المفصل الأعلى، كانت الأصبعان صحيحتين، أعني أصبع القَاطِع والمقْطُوع له المفصل أولاً، فكانت بين الأصبعين مماثلة، فأمكن استيفاء القِصَاص على وجه المُمَاثلة، ولم يكن بينهما مماثلة وقت قطع المفصل الثاني؛ لأن أصبع القَاطِع كامل: وقت القَطْع، فيكون استيفاء الكَامِل بالناقص، وهذا لا يجوز.

فإن قيل: وقت قطع المفصل كان القِصَاص مستحقاً في المفْصل الأعلى من القاطع، والمستحق كالمستوفى، فكان استيفاء النَّاقص بالنَّاقص.

فالجواب عنه من وجهين:

أحدهما: أن نفس الاستحقاق لا يوجب النُّقْصان؛ بدليل أنه لو جاء الأجنبي وقطع ذلك المفصل عمداً وجب القصاص عليه؛ ولو ثبت النقصان[1] بنفس الاسْتِحْقَاق، لما وجب، فثبت أن النُّقْصَان لا يثبت بمجرد الاسْتِحْقَاق، وإنما يثبت بالاستيفاء ولم يوجد، فلو وجب القصاص[2] لكان استيفاء الكامل بالناقص.

والثاني: إن سلم أن النقصان يثبت بنفس الاسْتِحْقَاق والوجوب، لكن حكماً لا حقيقة، والأول ناقص حقيقةً فلم يكن بينهما مماثلة.

---

(١) في ط: القصاص.
(٢) في ط: النقصان.

ولو قطع المفصل الأعلى منها فاقتص منه، ثم قطع المفصل الثَّاني وبرىء - اقتص منه؛ لأن أصبع القَاطع كانت ناقصةً وقت قطع المفصل الثَّاني، فيكون استيفاء الناقص بالناقص، فتحققت المماثلة.

ولو كان غيره قطع المفصل الأعلى منها، ثم قطع هو المفصل الثَّاني منها - فلا قصاص عليه؛ لانعدام المساواة بين أصْبع القَاطِع والمقطوع، وعليه ثلث دية اليد. ولو قطع المفصل الأعلى فبرأ، ثم قطع المفصل الثاني فمات - فالولي بالخيار أن شاء قطع المفصل ثم قتل؛ لأن فيه استيفاء مثل حقّه في القَطْع والقتل، وإن شاء ترك المفصل وقتل؛ لأن في إتْلاف النفس إتلاف الطّرف، فكان المقصود حاصلاً، بخلاف ما إذا كانت الجنايتان من رَجُلين فمات من إحْدَاهما دون الأخرى - أنه إن كان ذلك كله عمداً، فعلى صاحب النَّفس القصاص في النَّفس، وعلى صاحب الجناية فيما دون النَّفس القِصَاص في ذلك إن كان يستطاع، وإن كان لا يستطاع فالأرش، وإن كان ذلك خطأ فعلى صاحب النَّفس دية النَّفس، وعلى صاحب الجراحة فيما دون النفس أرش ذلك؛ وإن كان أحدهما عمداً والآخر خطأ، فعلى العامد القِصَاص وعلى الخاطىء الأرش، ولا يدخل أحدهما في الآخر، سواء كان بعد البرء أو قبل البرء؛ ولأن الجنايتين إذَا كَانَتَا من شخص واحدٍ يمكن جعلهما كجناية واحدة؛ كأنهما حَصَلاَ بضربةٍ واحدة، وإذا كانتا من شخصين لا يمكن أن يجعلا كجناية واحدةٍ؛ لأن جعل فعل أحدهما فعل الآخر لا يتصوّر، فلا بد أن نعتبر فعل كل واحدٍ منهما بانفراده، سواء برئت الجناية الأولى أو لم تبرأ، على ما نبين إن شاء الله تعالى.

ولو قَطَعَ من رجلٍ نصف المفصل الأعلى من السّبابة، ثم [عاد فقطع][1] نصف المفْصل الباقي[2] إن كان قَبْل البرء - يقتص منه، فيقطع منه المفصل كله؛ لأنه إذا كَانَ قبل البرء صار كأنه قطع المفصلين جميعاً بضربةٍ واحدةٍ، ولو كان كذلك يقتصّ منه، ويقطع منه المفصل كله كذا هذا.

وإن كان بعد البرء لا يقتصّ منه، وتجب حكومة العدل في كل نصف؛ لأنه لا يمكن استيفاء القِصَاص من نِصْف المفصل، وليس له أرش مقدّر، فتجب حكومة العَدْل؛ ولو قطع من رجلٍ نصف المفصل الأعلى من السّبابة، ثم عاد فقطع المفصل الثاني، فإن كان قبل البرء فلا قِصَاص عليه، وعليه القِصَاص في المفصل والحكومة في نِصْف المفصل؛ لأنه يصير كأنه قطعهما دفعةً واحدة، ولو فعل ذلك لا قصاص عليه؛ لتعذُّر الاستيفاء بصفة المماثلة، فكان عليه الأرش في المفصل، وحكومة العدل في نِصْف المفصل كذا هذا.

---

(١) في ط: قطع.

(٢) في أ: الثاني.

وإن كان بعد البرء يجب القِصَاص في المفصل، وحكومة العدل في نصف المفصل؛ لأنه/ إذا برىء الأول فقد استقرّ حكمه، والاستيفاء بصفة المماثلة ممكن، فثبت ولاية الاسْتِيفَاء، فلا يمكن استيفاء القِصَاص في نصف المفصل، وليس له أرش مقدّر فتجب فيه حُكُومة العدْل. ٣/ ١٥٢أ

ولو قطع من رجلٍ يمينه من المفصل، فاقتصّ منه، ثم إن أحدهما قطع من الاخر الذراع من المرفق، فلا قصاص فيه وفيه حكومة العَدْل عند أصحابنا الثلاثة ـ رضي الله عنهم ـ.

وقال زفر ـ رحمه الله ـ: يجب القصاص؛ كذا ذكر القاضي الخلاف في شرحه مختصر الطحاوي ـ رحمه الله ـ.

وذكر الكرخي ـ عليه الرحمة ـ الخلاف بين أبي حنيفة وأبي يوسف رضي الله عنهما ـ.

وجه قول أبي يوسف وزفر: أن استيفاء القصاص على سبيل المُمَاثلة ممكن؛ لأن المحلين اسْتَويا والمرفق مفصل، فكان المثل مَقْدُور الاستيفاء، فلا معنى للمصير إلى الحكومة؛ كما لو قطع يد إنسان من مفصل الزند.

ولأبي حنيفة ومحمد: أن القِصَاص فيما دون النَّفس يعتمد المُسَاواة في الأرش؛ لأن ما دون النفس يسلك به مَسْلك الأموال لما بينا، والمساواة في إتلاف الأموال معتبرة، ولهذا لا يجري القِصَاص بين طرفي الذكر والأنثى والحر والعبد؛ لاختلاف الأرش، وههنا لا يعرف التَّساوي في الأرش؛ لأن أرش الذراع حكومة العدل، وذلك يكون بالحرز والظن، فلا يعرف التَّساوي بين أرشيهما؛ لأن قطع الكَفِّ يوجب وهن السَّاعد وضعفه، وليس له أرْش مقدَّر، وقيمة الوهن والضعف فيه لا تعرف إلا بالحرز والظن، فلا تعرف المماثلة بين أرشي السَّاعدين، فيمتنع وجوب القِصَاص.

وعلى هذا الخِلاَف إذا قطع يد رجل وفيها أصْبع زائدة، وفي يد القاطع أصبع زائدة مثل ذلك ـ أنه لا قصاص عند أبي حنيفة ومحمد، وفيهما حكومة العدل وعند أبي يوسف: يجب القِصَاص، لوجود المساواة بين اليدين.

ولهما: أن الأصبع الزائدة في الكَفِّ نقص فيها وعيب، وهو نقص يعرف بالحرز والظن، فلا تعرف المُمَاثلة بين الكفَّين.

ولو قطع أصبعاً زائدة وفي يده مثلها؛ فلا قصاص عليه بالإجماع؛ لأن الأصبع الزائدة في معنى التَّزلزل ولا قصاص في المتزلزل؛ ولأنها نقص ولا تعرف قيمة النُّقصان إلا بالحرز والظن؛ ولأنه ليس لهما أرش مقدر، فلا تعرف المماثلة.

ولو قطع الكَفَّ التي فيها أصبع زائدة، فإن كانت تلك الأصبع توهن الكف وتنقصها

ـ فلا قِصَاص فيها، وإن كانت لا تنقصها ففيها القِصَاص، ولا قصاص بين الأشلين، كذا روى الحسن عن أبي حنيفة، سواء كانت يد المقطوعة يده أقلهما شللاً أو أكثرهما أو هما سواء، وهو قول أبي يوسف.

وقال زفر: إن كانا سواء ففيهما القِصَاص؛ وإن كانت يد المقْطوعة يده أقلهما شللاً، كان بالخيار إن شاء قَطَعَ يد القاطع وإن شاء ضمنه أرش يده شلاء، وإن كانت يد المقطوعة يده أكثرهما شللاً فلا قِصَاص وله أرش يده.

والصحيح قولنا؛ لأن بعض الشَّلل في يديهما يوجب اختلاف أرشيهما، وذلك يعرف بالحزر والظن فلا تعرف المماثلة، وكذلك مَقْطُوع الإبهام كلها إذا قطع يداً مثل يده ـ لم يكن بينهما قِصَاص في قول أبي حنيفة وابي يوسف؛ لأن قطع الإبهام يوهن الكَفّ ويسقط تقدير الأرش؛ فلا يعرف إلا بالحرز والظن فلا تعرف المماثلة.

ولو قَطَع يد رجل ثم قتله، فإن كان بعد البرء لا تدخل اليد في النفس بلا خلاف، والوليّ بالخيار إن شاء قطع يده ثم قتله، وإن شاء اكتفى بالقتل، وإن شَاءَ عفى عن النفس وقطع يده؛ وإن كان قبل البرء فكذلك في قول أبي حنيفة، وفي قولهما: تدخل اليد في النفس، وله أن يقْتُله وليس له أن يقطع يده.

وجه قولهما: إن الجناية على ما دون النَّفس إذا لم يتَّصل بها البرء ـ لا حكم لها مع الجناية على النَّفس في الشريعة، بل يَدْخُل ما دون النَّفس في النَّفس؛ كما إذا قطع يده خطأ ثم قتله قبل البُرْء، حتى لا يجب عليه إلا دية النفس.

ولأبي حنيفة ـ رضي الله عنه ـ: حق المجني عليه في المثل، وذلك في القطع والقَتْل والاستيفاء بصفة المماثلة ممكن، فإذا قطع المولى يَدَه ثم قتله كان مستوفياً للمثل، فيكون الجزاء مثل الجِنَاية جزاءً وفاقاً بخلاف الخطأ؛ لأن المثل هناك غير مستحقّ، بل المستحقّ غير المثل؛ لأن المَال ليس بمثل النَّفس، وكان ينبغي ألاَّ يجب أصلاً، إلا أن وجوبه ثبت معدولاً به عن الأصْل عند استقرار سبب الوجوب، فبقيت الزيادة حال عدم استقرار السَّبب لعدم البرء مردودة إلى حكم الأصْلِ. والله تعالى أعلم.

هذا إذا كانا جميعاً عمداً، فإما إذا كانا جميعاً خطأً فإن كان بعد البرء لا يدخل ما دون النَّفس في النفس، وتجب دية كاملة ونصف دية، تتحمله العاقل وتودّي في ثلاث سنين. في السنة الأولى ثلثا الدية ثلث من الدية الكاملة وثلث من نصف الدية، وفي السنة الثانية نصف الدية ثلث من الدية الكاملة وسدس من النصف، وفي السنة الثالثة ثلث الدية؛ لأن الدية/ الكاملة تؤدّي في ثلاث سنين، ونِصْفَ الدية يؤدي في سنتين من الثَّلاث، وهذا يوجب أن

٣/ ٥٢ب

يكون قدر المؤدّي منهما، وإنما لم يدخل ما دون النَّفس في النفس؛ لأن الأول لما برأ فقد استقر حكمه، فكان الباقي جنايةً مبتدأة فيبتدأ بحكمها، وإن كان قبل البرء يدخل ما دون النَّفس في النفس، وتجب دية واحدة، لأن حكم الأول لم يستقر وإن كان أحدهما عمداً والآخر خطأ، لا يدخل ما دون النفس في النفس بل يعتبر كل واحد منهما بحكمه، سواء كان بعد البرء أو قبله؛ لأن العمد مع الخطأ جنايتان مختلفتان، فلا يحتملان التداخل؛ فيعطى لكل واحد منهما حكم نفسها، فيجب في العَمْد القِصَاص وفي الخطأ الأرش.

هذا كله إذا كان الجاني واحداً فقطع ثم قتل، فأما إذا كانا اثنين، فقطع أحدهما يده ثم قتله الآخر ـ فلا يدخل ما دون النَّفس في النفس كيف كان بعد البرء أو قبله؛ لأن الأصل اعتبار كل جِنَاية بحيالها؛ لأن كل واحدٍ منهما جناية على حدةٍ، فكان الأصل عدم التَّداخل وإفراد كل جناية بحكمها، إلا أن عند اتحاد الجاني وعدم البرء قد يجعلان كجناية وَاحِدَة؛ كأنهما حصلا بضربةٍ واحدة تقديراً، ولا يمكن هذا التَّقدير عند اختلاف الجاني؛ لاستحالة أن يكون فعلُ كل واحد منهما فعلاً لصاحبه حقيقةً، فتعذر التَّقدير، فبقي فعل كل واحدٍ منهما جناية مفردة حقيقة وتقديراً فيفرد حكمها، فإن كانتا جميعاً عمداً يجب القصاص على كل واحدٍ منهما من القطع والقتل، وإن كانتا جميعاً خطأ يجب الدية عليهما؛ يتحمل عنهما عاقلتهما في القَطْع والقتل، وإن كان أحدهما عمداً والآخر خطأ يجب القِصَاص في العَمْد والأرش في الخطأ.

ولو قطع أصبع يد رجل عمداً وقطع آخر يده من الزَّند فمات ـ فالقصاص على الثاني في قول أصحابنا الثلاثة ـ رحمهم الله ـ:

وقال زفر ـ رحمه الله ـ: عليهما جميعاً؛ وبه أخذ الشافعي.

وجه قول زفر: أن السّراية باعتبار الألم، والقطع الأول اتصل ألمه بالنفس، وتكامل بالثاني، فكانت السّراية مضافةً إلى الفعلين، فيجب القِصَاص عليهما.

ولنا: أن السراية باعتبار الآلام المترادفة التي لا تتحمَّلها النفس إلى أن يموت، وقطع اليد يمنع وُصُول الألم من الأصبع إلى النفس، فكان قطعاً للسراية، فبقيت السّراية مضافةً إلى قطع اليد؛ وصار كما لو قطع الأصبع فبرئت ثم قطع آخر يده فمات، وهناك القِصَاص على الثاني كذا هذا؛ بل أولى لأن القطع في المنع من الأثر؛ وهو وصول الألم إلى النَّفْس فوق البُرْء؛ إذ البرء يحتمل الانتقاص والقَطْع لا يحتمل، ثم زوال الأثر بالبرء يقطع السراية، فزواله بالقطع كان أولى وأحرى.

ولو جنى على ما دون النَّفس فسرى، فالسراية لا تَخْلو إما إن كانت إلى النَّفْس، وإما إن كانت إلى عضو آخر؛ فإن كانت إلى النفس فالجاني لا يَخْلُو إما إن كان متعدياً في الجناية وإما إن لم يكن؛ فإن كان متعدياً في الجناية والجناية بحديد أو بخشبة، تعمل عمل السّلاح فمات

من ذلك، فعليه القِصَاص، سواء كانت الجِنَاية مما توجب القِصَاص لو برئت أو لا توجب؛ كما إذا قطع يد إنْسَان من الزند أو من الساعد أو شجَّة موضّحة أو آمة أو جائفة، أو أبان طرفاً من أطرافه أو جرحه جراحةً مطلقة فمات من ذلك ـ فعليه القصاص؛ لأنه لما سرى بطل حكم ما دون النفس، وتبين أنه وقع قتلاً من حين وجوده؛ وللولي أن يقتله وليس له أن يفعل به مثل ما فعل، حتى لو كان قطع يده ليس له أن يقطع يده عندنا. وعند الشافعي ـ رحمه الله ـ: أنه يفعل به مثل ما فعل، فإن مات من ذلك وإلا قتله. وكذلك إذا قطع رجل يد رجل ورجليه فمات من ذلك ـ تحز رقبته عندنا، وعنده: يفعل به مثل ما فعل، وقد ذكرنا المسألة فيما تقدم.

ولو قطع يده فعفا المقطوع عن القَطْع ثم سرى إلى النفس ومات؛ فإن عفا عن الجناية أو عن القطع وما يحدث منه، أو الجراحة وما يحدث منها ـ فهو عن النفس بالإجماع، وإن عفا عن القَطْع أو الجراحة ولم يقل: وما يحدث منها ـ لا يكون عفواً عن النفس، وعلى القاطع دية النَّفس في ماله في قول أبي حنيفة ـ رضي الله عنه ـ، وفي قولهما: يكون عفواً عن النفس ولا شيء عليه، والمسألة بأخواتها قد مرَّت في مسائل العفو عن القصَاص في النفس.

ولو كان له على رَجُل قِصَاص في النَّفس، فقطع يده ثم عفا عن النفس وبرأت اليد ـ ضمن دية اليد في قول أبي حنيفة.

وقال أبو يوسف ومحمد: لا ضمان عليه.

وجه قولما: إن نَفْس القاتل بالقَتْل صارت حقًّا لولي القتيل، والنفس اسم لجملة الأجزاء، فإذا قطع يده فقد اسْتَوفى حق نفسه، فلا يضمن؛ ولهذا لو قطع يده ثم قتله لا يجب عليه ضَمَان اليد، ولو لم تكن اليد حقّه لوجوب[1] الضمان عليه ـ دل أنه بالقَطْع استوفى حقّ نفسه، فبعد ذلك إن/ عفا عن النفس فالعفو ينصرف إلى القَائِم لا إلى المسْتَوفي؛ كمن استوفى بعض ديته ثم أبرأ الغريم ـ أن الإبراء ينصرف إلى ما بقي لا إلى المستوفى؛ كذا هذا. ٣/١٥٣أ

ولأبي حنيفة ـ رضي الله عنه ـ: أن حق من له القصاص في الفِعْل، وهو القتل لا في المحل وهو النفس، أو يقال: حقه في النفس لكن في [حق][2] القتل لا في حق القطْع؛ لأن حقه في المثل والموجود منه القَتْل لا القطع، ومثل القتل هو القتل، فكان أجنبيًا عن اليد، فإذا قطع اليد فقد اسْتَوفى ما ليس بحقّ له وهو متقوم فيضمن، وكان القياس أن يجب القِصَاص، إلا أنه سقط للشُّبهة فتجب الدية؛ إلا أنه إذَا قطع اليد ثم قَتَله، لا يجب عليه ضمان اليد، وإن كان متعدياً في القطع مسيئاً فيه؛ لأنه لا قيمة لها مع إتلاف النَّفس بالقِصاص فلا يضمن؛ كما

---

(١) في ط: لوجب. (٢) سقط من ط.

لو قطع يد مرتدّ أنه لا يضمن وإن كان متعدياً في القَطْع لما قلنا؛ كذا هذا؛ ولأنه كان مخيراً بين القصاص وبين العفو؛ فإذا عَفَا استند العفو إلى الأصل؛ كأنه عفا ثم قطع، فكان القطع استيفاء غير حقّه فيَضْمنَ.

هذا إذا كان متعدياً في الجناية على ما دون النَّفس، فأما إذا لم يكن متعدياً فيها فلا يجب القِصَاص للشبهة، وتجب الدِّية في بعضها ولا تجب في البَعض.

وبيان ذلك في مسائل:

إذا قطع يد رجل عمداً حتى وجب عليه القِصَاص، فقطع الرجل يده فمات من ذلك ـ ضمن الدِّية في قول أبي حنيفة ـ رحمه الله ـ، وفي قولهما: لا شيء عليه.

ولو قطع الإمام يد السارق فمات منه، لا ضَمَان على الإمام، ولا على بيت المال وكذلك الفصاد[1] والبزاغ[2] والحجام إذا سَرَت جراحاتهم، لا ضمان عليهم بالإجماع.

وجه قولهما: إن الموت حصل بفعل مأذون فيه وهو القَطْع، فلا يكون مضموناً؛ كالإمام إذا قطع يد السارق فمات منه.

ولأبي حنيفة ـ رضي الله عنه ـ: أنه استوفى غير حقه؛ لأن حقَّه في القَطْع وهو أتى بالقتل، لأن القتل اسم لفعل يؤثر في فوات الحياة عادةً وقد وجد فيضمن؛ كما إذا قطع يد إنسان ظلماً فسرى إلى النفس، وكان القِيَاس أن يجب القِصَاص، إلا أنه سقط للشُّبهة فتجب الدية.

وهكذا نقول في الإمام: أن فعله وقع قتلاً إلا أنه لا سبيل إلى إيجاب الضَّمان للضرورة؛ لأن إقامة الحدّ مستحقة عليه والتحرز عن السِّراية ليس في وسعه، فلو أوجبنا الضمان لامتنع الأئمة عن الإقامة خوفاً عن لُزوم الضَّمان، وفيه تَعْطِيل الحدود، والقطع ليس بمستحقّ على من له القِصَاص، بل هو مخير فيه، والأولى هو العَفْو، ولا ضرورة إلى إسقاط الضمان بعد وُجود سببه.

ولو ضَرَب امرأته للنُّشوز فماتت منه يَضْمن؛ لأن المأذون فيه هو التأديب لا القتل ولما اتصل به الموت تبين أنه وقع قتلاً.

---

(١) الفَصَّادُ: هو من يفصد المريض، أي: يخرج مقداراً من دم وريده بقصد العلاج. المعجم الوسيط (فصد).

(٢) البَزَّاغُ: هو من يشرط جلد المريض ليسيل دمه؛ علاجاً له. المعجم الوسيط (بزغ).

ولو ضرب الأب أو الوصي الصبي للتأديب فمات ـ ضمن في قول أبي حنيفة ـ رضي الله عنه، وفي قولهما: لا يضمن.

وجه قولهما: إن الأب والوصي مأذُونَان في تأديب الصَّبي وتهذيبه، والمتولد من الفعل المأذُون فيه لا يكون مضموناً؛ كما لو عزر الإمام إنساناً فمات.

وجه قول أبي حنيفة ـ رضي الله عنه: أن التأديب اسم لفعل يبقى المؤدب حياً بعده، فإذا سرى تبين أنه قتل وليس بتأديب، وهما غير مأذونين في القَتْل. ولو ضربه المعلم أو الأستاذ فمات؛ إن كان الضرب بغير أمر الأب أو الوصي يضمن؛ لأنه متعدّ في الضَّرب، والمتولد منه يكون مضموناً عليه، وإن كان بإذنه لا يضمن للضَّرورة؛ لأن المعلم إذا علم أنه يلزمه الضَّمان بالسراية، وليس في وسعه التَّحرز عنها يمتنع عن التَّعليم، فكان في التَّضْمين سد باب التَّعليم، وبالناس حاجة إلى ذلك، فسقط اعتبار السَّراية في حقه لهذه الضَّرورة، وهذه الضرورة لم توجد في الأب؛ لأن لزوم الضَّمان لا يمنعه عن التأديب؛ لفرط شفقته على ولده، فلا يَسْقط اعتبار السّراية من غير ضَرْورة.

ولو قطع يد مرتد؛ فأسلم ثم مات ـ فلا شيء على القَاطع؛ وهذا يؤيد مذهب أبي حنيفة ـ رضي الله عنه ـ في اعتبار وقت الفِعْل.

والأصل في هذا: أن الجناية إذ وَرَدَت على ما ليْس بمضمونٍ، فالسراية لا تكون مضمونةً؛ لأنه الضَّمان يجب بالفِعْل السابق، والفعل صَادَف محلاً غير مضْمُون؛ وكذلك لو قطع يد حربي ثم أسلم ثم مات من القَطْع ـ أنه لا شيء على القَاطِع؛ لأن الجناية وردت على محلٍ غير مضمون، فلا تكون مضمونة، وهكذا لو قطع يد عبده ثم أعتقه ثم مات ـ لم يضمن السِّراية، لأن يد العَبْد غير مضمونة في حقه.

ولو قَطَع يده وهو مسلم، ثم ارتد ـ والعياذ بالله ـ ثم مات ـ فعلى القاطع دية اليد لا غير؛ لأنه أبطل عِصْمَة نفسه بالردة، فصارت الردة بمنزلة الإبراء عن السّراية، ولو رجع إلى الإسلام ثم مات، فعلى القَاطِع دية النفس في قولهما، وعند محمد: عليه دية اليد لا غير.

وجه قوله: على نحو ما ذكرنا أنه لما ارتد فكأنه أبرأ القَاطِع عن السّراية.

وجه قولهما: إن الجناية يتعلق حكمها بالابتداء أو بالانتهاء؛ وما بينهما لا يتعلق به حكم، والمحل ههنا مضْمُون في الحالين، فكانت/ الجناية مضْمُونة فيهما؛ فلا تعتبر الردّة العَارِضة فيما بينهما. ٣/٥٣ب

وأما قول محمد: الردة بمنزلة البراءة فنعم، لكن بشَرْط الموت عليها؛ لأن حكم الردّة موقوف على الإسلام والموت، وقد كانت الجناية مضْمُونة، فوقف حكم السراية أيضاً؛

وكذلك لو لحق بدارالحرب ولم يقْض القَاضي بلحوقه؛ ثم رجع إليا مسلماً ثم مات من القطع ـ فهو على هذا الخِلاف.

وإن كان القَاضِي قضى بلحوقه، ثم عاد مسلماً ثم مات من القَطْع ـ فعلى القَاطع دية يده لا غير بالإجماع، لأن لحوقه بدار الحَرْب يقطع حقوقه، بدليل أنه يقسم ماله بين ورثته بعد اللحوق، ولا يقسم قَبْله، فصار كالإبْرَاء عن الجِنَاية.

ولو قطع يد عبد خطأ، فأعتقه مولاه ثم مات منها ـ فلا شَيْء على القاطع غير أرش اليد، وعتقه كبرء اليد؛ لأن السّراية لو كانت مَضْمُونة على الجَانِي، فإما أن تكون مضْمونة عليه للمولى وإما أن تكون مضمونة عليه للعَبْد، لا سبيل إلى الأول؛ لأن المولى ليس بمَالِكٍ له بعد العتق، ولا وجه للثَّاني؛ لما ذكرنا أن السراية تكون تابعة للجِناية، فالجناية لما لم تكن مضْمونة للعبد لا تكون سَرايتها مضْمُونة له؛ ولهذا قلنا: إذا باعه المولى بعد القَطْع سقط حكم السراية، وليس قطع اليد في هذا مثل الرَّمي في قول أبي حنيفة ـ رحمه الله ـ، حيث أوجب عليه بالرمي القيمة، وإن أعتقه المولى ولم يوجب في القَطْع إلا أرش اليَدِ؛ لما ذكرنا أن الرمي سبب الإصابة لا محالة، فصار جانياً به وقت الرمي، فأما القطَع فليس بمُوجب للسّراية لا محالة، والله تعالى أعلم.

وإن كان قطع يد العبد عمداً، فأعتقه مولاه ثم مات العبد ـ ينظر إن كان المولى هو وارثه لا وَارث له غيره، فله أن يقتل الجَانِي في قَوْلهما خلافاً لمحمد، وقد مرت المسألة.

وإن كان له وارث غيره يحجبه عن ميرَاثه، ويدخل معه في مِيرَاثه ـ فلا قصاص؛ لاشتباه الوليّ على ما مر.

ولو لم يعتقه بعد القَطْع ولكنه دبره، أو كانت أمَةً فاستولدها ـ فإنه لا تنقطع السراية، ويجب نصف القيمة ويجب ما نقص بعد الجِنَاية قبل المَوْت، هذا إذا كان خطأ وإن كان عمداً فللمولى أن يقتصّ بالإجماع؛ ولو كاتبه والمسألة بحالها، فبالكتابة برىء عن السّراية، فيجب نصف القيمة للمَوْلى، فإذا مات وكان خطأ لا يَجِب عليه شيء آخر، وإن كان عمداً فإن كان عاجزاً فللمولى أن يقتص؛ لأنه مات عبداً، وإن مات عن وفاء فقد مات حرًّا فينظر إن كان له وارث يحجب المولى أو يشاركه، فلا قصاص عليه ويجب عليه أرش اليد لا غير؛ وإن لم يكن له وارث غير المولى، فللمولى أن يقتَصَّ عندهما، وعند محمد ـ رحمه الله ـ: ليس له أن يقتص، وعليه أرش اليد لا غير.

وإن كان القَطْع بعد الكِتابة فمات، وكان القطع خطأً أو مات عاجزاً ـ فالقيمة للمولى؛ وإن مات عن وَفاء، فالقِيمة للورثة وإن كان عمداً، فإن مات عاجزاً فللمولى أن يقتصَّ، وإن مَات عن وفاء مات حرًّا، ثم ينْظَر إن كان مع المولى وارث يحجبه أو يُشَاركه في الميراث، فلا

قِصَاص؛ وإن لم يكن له وارث غير المولى، فعلى الاخْتِلاف الذي ذكرنا، والله تعالى أعلم.

هذا إذا كانت السّراية إلى النَّفس، فأما إذا كانت إلى العُضو، فالأصل أن الجناية إذا حَصَلت في عضوٍ فَسَرت إلى عضو آخر، والعُضو الثاني لا قصاص فيه ـ فلا قصاص في الأول أيضاً، وهذا الأصل يطَّرد على أصل أبي حنيفة ـ عليه الرحمة ـ في مسائل.

إذا قطع أصبعاً من يد رجل فشلّت الكَفّ، فلا قصاص فيهما، وعليه دية اليد بلا خِلافِ بين أصحابنا ـ رحمهم الله ـ؛ لأن الموْجُود من القَاطِع قطع مثل للكفّ ولا يقدر المقْطُوع على مثله، فلم يكن المثل ممكن الاسْتِيفاء، فلا يجب القصاص؛ ولأن الجناية وَاحِدة فلا يجب بها ضَمَانَان مخْتَلفان، وهو القصاص والمال خصوصاً عند اتحاد المحَل؛ لأن الكف مع الأصبع بمنزلة عُضْو واحد؛ وكذا إذا قطع مفصلاً من أُصبع فشل ما بقي، أو شلَّت الكَفُّ لما قلنا.

فإن قال المقطوع: أنا أقطع المفْصل وأترك ما يبس، ليس له ذلك؛ لأن الجِنَاية وقعت غير موجبة للقِصَاص من الأصل لعدم إمكان الاسْتِيفَاء على وجه المماثلة على ما بينا، فكان الاقتصار على البَعْض استيفاء ما لا حق له فيه، فيمنع من ذلك؛ كما لو شجه منقلة، فقال المشجوج: أنا أشجه موضّحة وأترك أرْش ما زاد ـ لم يكن له ذلك؛ وكذلك إذا كسر بعض سن إنسان واسودَّ ما بقي ـ فليس في شيء من ذلك قصاص؛ لأن قصاصه هو كسر مسود للباقي، وذلك غير ممكن؛ ولأن الجناية واحِدة فلا توجب ضَمَانين مخْتَلفين.

ولو قطع أصبعاً فشلت إلى جنبها أخرى، فلا قِصَاص في شيء من ذلك في قول أبي حنيفة ـ رضي الله عنه ـ، وعليه دية الأصبعين.

وقال أبو يوسف ومحمد وزفر والحسن: في الأول لا قِصَاص؛ وفي الثاني الأرش.

وجه قولهم: إن المحل متعدد، والفعل يتعدَّد بتعدد المحل حكماً وإن كان متحدّاً حقيقة لتعدد أثره، وههنا تعدد الأثر فيجعل فِعْلين، فيفرد كل واحدٍ منهما بحكمه/، فيجب القِصَاص في الأول والدِّية في الثاني؛ كما لو قطع أصبع إنسان فانسلَّ السكين إلى أصبع أخرى خطأً فَقَطَعها، حتى يجب القِصَاص في الأول والدية في الثاني؛ وكما لو رمى سهماً إلى إنسان فَأصابه ونفذ منه، وأصاب آخر حتى يجب القصاص في الاول والدية في الثاني؛ لما قلنا وكذلك هذا؛ وإذا تعدَّدت الجناية، تفرد كل واحدةٍ منهما بحكمها، فيجب القِصَاص في الأولى والأرش في الثانية.

٣/ ١٥٤أ

وجه قول أبي حنيفة ـ رضي الله عنه ـ: ما ذكرنا أن المستحقّ فيما دُون النَّفس هو المثل، والمثل وهو القطع المثل ههنا غير مقْدُور الاستيفاء، فلا يثبت الاستحقاق؛ ولأن الجناية متَّحدة حقيقة وهي قطع الأصبع، وقد تعلق به ضَمَان المال فلا يتعلق به ضَمَان

القِصَاص، بخلاف ما إذا قطع أصبعاً عمداً فنفذ السكين إلى أخرى خطأ؛ لأن الموجود هناك فِعْلان حقيقة، فجاز أن يفرد كل واحد منهما بحكم، وفي مسألة الرمي جعل الفعل المتَّحد حقيقة متعدداً شرعاً بخلاف الحقيقة، ومن ادَّعى خلاف الحقيقة ههنا يحتاج إلى الدليل.

ولو قطع أصبعاً فسقطت إلى جنبها أخرى، فلا قِصَاص في شيء من ذلك في قول أبي حنيفة ـ رضي الله عنه، وعندهما في ظاهر الرواية عنهما: يجب في الأول القِصَاص وفي الثاني الأرش.

وفي رواية: ابن سماعة عن محمد: أنه يجب القِصَاص فيهما. لأن من أصله على هذه الرواية أن الجراحة التي فيها القصاص إذا تولد منها ما يمكن فيه القِصَاص يجب القِصَاص فيهما جميعاً وههنا يمكن، وفيما إذا قطع أصبعا فشلّت أخرى بجنبها لا يُمْكن، فوجب القِصَاص في الأولى والأرش في الثانية.

وجه ظاهر قولهما: على نحو ما ذكرنا فيما تقدم أن المحل متعدّد، وأنه يوجب تعدد الفعل عند تعدد الأثر، وقد وجد ههنا فيجعل كجنَايتين مختلفتين، فيتعلق بكل واحدةٍ منهما حكمها.

ولأبي حنيفة ـ رضي الله عنه ـ: أنه لا سبيل إلى استيفاء القِصَاص على وجه المماثلة؛ لأن ذلك هو القَطْع المسقط للأصبع وذلك غير ممكن؛ ولأن الجِنَاية واحدة حقيقة، فلا توجب إلا ضماناً واحداً، وقد وجب المال فلا يَجِب القِصَاص.

ولو قطع أصبع رجل عمداً فسقطت الكَفّ من المَفْصل ـ فلا قصاص في ذلك في قول أبي حنيفة ـ رحمه الله ـ، وفيه دية اليد؛ لأن استيفاء المثل وهو القطع المسقط للكفِّ متعذر؛ فيمتنع الوجوب؛ ولأن الكفّ مع الأصبع كعضوٍ واحد، فكانت الجناية واحدةً حقيقة وحكماً، وقد تعلق بهما ضمان المَالِ؛ فلا يتعلق بهما القِصَاص.

وقال أبو يوسف: يقتص منه فتقطع يده من المفصل؛ فرق أبو يوسف بين هذا وبين ما إذا قطع أصبعاً فسقطت أخرى إلى جنبها ـ أنه لا يجب القصاص في الثانية؛ لأن الأصبع جزء من الكَفِّ، والسراية تتحقق من الجزء إلى الجملة كما تتحقق من اليَدِ إلى النفس والأصبعان عُضْوان مفردان ليس أحدهما جزء الآخر، فلا تتحقق السّراية من أحدهما إلى الآخر، فوجب القِصَاص في الأولى دون الثانية.

وعلى ما روى محمد ـ رحمه الله ـ في «النوادر»: يجب القصاص ههنا أيضاً كما قال أبو يوسف ـ رحمه الله ـ، لأنه جناية واحدة، وقد سَرَت إلى ما يمكن القِصَاص فيه، فيجعل كأنه قطع الكف من الزّند.

ولو كسر بعض سن إنسان فسقطت، لا قِصَاص فيه في قَوْل أبي حنيفة ـ عليه الرحمة ـ؛ لأنه لا يمكن الاقتصاص بكسر مسقط للسن.

وقال أبو يوسف: يجب القِصَاص؛ كما قال في الأصبع إذا قطعت فسقطت منها الكفّ؛ وكذلك عند محمد يجب القِصَاص على رواية «النوادر» لما ذكرنا من أصله.

وكذلك لو ضرب سن إنسان فتكسّر بعضها وتحرك البَاقِي، واستوفى حولاً أنها إن اسودت فلا قِصَاص فيها؛ لتعذر استيفاء المثل وهو الكَسْر المسود. وإن سقطت فكَذَلك في قول أبي حنيفة ـ رحمه الله ـ، وفيها الأرش؛ لعدم إمكان استيفاء المثل وهو الكَسْر المسقط فيجب فيها الأرْش.

وقال أبو يوسف: فيها القِصَاص كما قال في الأصبع إذا قطعت [فسقطت][1] الكف.

ولو شج إنساناً موضّحة متعمداً، فذهب منها بصره ـ فلا قِصَاص في قول أبي حنيفة، وفيها وفي البصر الأرش، وقالا في الموضحة القِصَاص وفي البصر الدية، هذه رواية الجامع الصَّغير عن محمد؛ وروى ابن سماعه في نوادره عنه: أن فيهما جميعاً القِصَاص.

وَجْه هذه الرواية: أنه تولّد من جِنَاية العمد إلى عضوٍ يمكن فيه القِصَاص، فيجب فيه القِصَاص، كما إذا سرى إلى النَّفس.

وجه ظاهر قولهما: إن تلف البَصَر حصل من طريق التَّسبيب لا من طريق السراية؛ بدليل أن الشجّة تبقى بعد ذَهَاب البصر، وحدوث السراية يوجب تغير الجِنَاية؛ كالقطع إذَا سَرَى إلى النَّفس ـ أنه لا يبقى قطعاً بل يصير قتلاً، وهنا الشجة لم تتغير، بل بقيت شجّة كما كانت، فدل أن ذهاب البَصَر ليس من طريق السراية بل من طريق التَّسبيب، والجِنَاية بطريق التَّسبيب لا تُوجِب القِصَاص؛ كما في حفر البئر ونحو ذلك.

٣/ ٥٤ب

ولو ذَهَبت عيناه ولسانه وسَمْعه وجماعه ـ فلا قِصَاص في شيء من ذلك على أصل أبي/ حنيفة ـ رضي الله عنه ـ وعلى قولهما: في الموضحة القصاص، ولا قصاص في العينين في ظَاهِرِ قَوْلهما، بل فيهما الأرش.

وعلى رواية «النوادر» عن محمد فيهما القصاص دون اللِّسان والسمع والجماع؛ لأنه لا يمكن فيهما القِصَاص؛ إذ لا قِصَاص في ذَهَاب منفعة اللسان والسَّمع والجماع في الشَّرع، وفي ذهاب البصر قِصَاص في الشريعة.

ولو ضربه بعصا فأوضحه، ثم عاد فَضَربه أخرى إلى جنبها ثم تآكلتا حتى صارت واحدة ـ فهما موضحتان ولا قِصَاص فيهما.

---

(١) سقط من ط.

أما على أصل أبي حنيفة ـ رحمه الله ـ: فلعدم إمكان استيفاء المثل، وهما شجّتان موضحتان تآكل بينهما. وأما على أصْلِهما فلأن ما تآكل بين الموضّحتين تلف بسبب الجِرَاحة، والإتلاف تسبيباً لا يوجب القِصَاص، والله سبحانه وتعالى الموفق.

ولا قِصَاص في العين إذا قورت أو فسخت؛ لأنا إذا فعلنا ما فعل وهو التقوير والفَسْخ لا يمكن استيفاء المثل؛ إذ ليس له حَدّ معلوم، وإن أذهبنا ضَوْءه فلم نفعل مثل ما فعل، فتعذر الاسْتِيفاء بصفة المماثلة، فامتنع الوُجُوب وصار كمن قطع يد إنسان من السَّاعد ـ أنه لا يجب القصاص؛ لأنه لا سبيل إلى القطع من السَّاعد ولا من الزند لما قلنا، فامتنع الوجوب؛ كذا هذا.

وإن ضرب عليها فذهب ضَوْءها مع بقاء الحَدَقة على حالها ـ لم تنخسف ففيها القصاص؛ لقوله تبارك وتعالى: ﴿وَالعَيْنِ بِالعَيْنِ﴾ [المائدة:٤٥] ولأن القصاص[١] على سبيل المُماثلة ممكن؛ بأن يجعل على وجهه القطن المَبْلُول[٢] وتحمى المرآة، وتقرب من عينه حتى يذهب ضوؤها. وقيل: أول من اهتدى إلى ذلك سيدنا علي ـ رضي الله عنه ـ، وأشار إلى ما ذكرنا؛ فإنه روى أنه وقعت هذه الحَادِثة في زمن سيدنا عثمان ـ رضي الله عنه ـ، فجمع الصَّحابة الكرام ـ رضي الله تعالى عنهم ـ وشاورهم في ذلك، فلم يكن عندهم حكمها، حتى جاء سيدنا علي رضي الله عنه، وأشار إلى ما ذكرنا فلم ينكر عليه أحد فَقَضى به سيدنا عُثْمان بمحضرِ من الصَّحابة الكِرَام ـ رضي الله عنهم ـ، فيكون إجماعاً، وإن انخسفت فلا قِصَاص؛ لأن الثَّاني قد لاَ يقع خاسفاً بها، فلا يكون مثل الأول. وروي عن أبي يوسف: أنه لا قِصَاص في عين الأحول؛ لأن الحول نقص في العين فيكون استيفاء الكَامِل بالنَّاقص فلا تتحقَّق المماثلة؛ ولهذا لا تقطع اليد الصَّحيحة باليد الشَّلاء؛ كَذَا هذا، ولا قِصَاص في الأشْفَار والأجفان؛ لأنه لا يمكن اسْتِيفَاء المثل فيها.

وأما الأذن فإن استوعبها ففيها القِصَاص[٣]؛ لقوله تبارك وتعالى: ﴿وَالأُذُنَ بِالأُذُنِ﴾ [المائدة:٤٥] ولأن استيفاء المثل فيها ممكن؛ فإن قطع بعضها فإن كان له حَدّ يعرف ففيه القِصَاص وإلا فلا.

---

(١) في أ: الاستيفاء.

(٢) في أ: المسلوك.

(٣) لا يشترط ذهاب السمع في قطع الأذن بل يكفي قطعها واصطلاحها في إيجاب نصف الدية فيها.
ذهب إليه أبو حنيفة ومالك في أحد قوليه والشافعي وأحمد ـ رحمهم الله تعالى.
وذهب مالك في أشهر قوليه إلى أنه يشترط ذهاب السمع مع قطع الأذن حتى يكون فيها نصف الدية وإلا ففيها حكومة عدل.
ينظر: الهداية (٤/ ١٨٠)، بداية المجتهد (٢/ ٤٢١)، المغني (٨/ ٨)، كشاف القناع (٦/ ٣٤).

وأما الأنف[(١)]: فإن قطع المَارِن ففيه القِصَاص بلا خِلاَف بين أَصْحَابنا ـ رحمهم الله ـ، لقوله سبحانه وتعالى: ﴿وَالْأَنْفَ بِالْأَنْفِ﴾ ولأن استيفاء المثل فيه ممكن؛ لأن له حدّاً معلوماً وهو مَا لاَن منه، فإن قطع بعض المَارِن فلا قِصَاص فيه لتعذُّر استيفاء المثل، وإن قطع قَصَبة الأنف فلا قِصَاص فيه؛ لأنه عظم ولا قِصَاص في العَظْم ولا في السّن لما نذكر ان شاء الله تعالى.

وقال يوسف: إن استوعب، ففيه القصاص وقال محمد: لا قصاص فيه وإن استوعب ولا خلاف بينهما في الحَقِيقة؛ لأن أبا يوسف أرادَ اسْتِيعَاب المارن وفيه القِصَاص بلا خلاف، ومحمد ـ رحمه الله ـ أراد به اسْتِيعاب القصبة، ولا قِصَاص فيها بلا خلاف.

وأما الشفة فقد روي عن أبي حنيفة أنه قال: إذا قطع شفة الرجل السّفلى أو العليا، وكان يستطاع أن يقتص منه ـ ففيه القِصَاص.

وذكر الكرخي ـ رحمه الله ـ أنه إن استقصاها بالقَطْع ففيها القصاص؛ لإمكان استيفاء المثل عند الاسْتِقْصَاء، وإن قطع بعضها فلا قِصَاص فيه لعدم الإمكان، ولا قِصَاص في عظم إلا في السّن؛ لأنه لا يعلم موضعه، ولا يؤمن فيه عن التعدّي أيضاً، وقد روي عنه ـ عليه الصلاة والسلام ـ أنّه [قال][(٢)] ﴿لاَ قَصَاصَ في عَظْم﴾ وفي السن القِصَاص سواء كسر أو قلع؛ لقول الله تبارك وتعالى: ﴿وَالسِّنَّ بِالسِّنِّ﴾ [المائدة:٤٥] ولأنه يمكن اسْتِيفَاء المثل فيه بأن يؤخذ في الكَسْر من سن الكَاسِر مثل ما كسر بالمبرد، وفي القَلْع يؤخذ سنه بالمبرد إلى أن ينتهي إلى اللحم، ويسقط ما سِوَى ذلك.

وقيل في القَلْع: أنه يقلع سنه؛ لأن تحقق المُمَاثلة فيه، والأول استيفاء على وجه النُّقْصان، إلا أن في القَلْع احتمال الزيادة؛ لأنه لا يؤمن فيه أن يفعل[(٣)] المقْلُوع أكثر مما فعل القَالِع.

---

(١) الأنف يتكون من أربعة أشياء: قصبة ومارن وأرنبة وروثة.
فالقصبة هي العظم المنحدر من مجمع الحاجبين.
والمارن هو الغضروف الذي يجمع المنخرين.
والروثة: طرف الأنف.
وفي قطع جميع الأنف الدية كاملة، مائة من الإبل، أو قيمتها من الأجناس الأخرى. ولا خلاف في هذا بين أهل العلم.
وأنه يجب في قطع المارن واستئصاله كله الدية أيضاً.
وقد وردت أدلة عديدة تدل على أن الواجب في الأنف إذا قطع جميعه الدية كاملة. ينظر: التمهيد ٧/ ٢١٣، نيل الأوطار ٧/ ٢١٣، المغني ٨/ ١٢.

(٢) سقط من ط.

(٣) في أ: يقلع.

وأما اللِّسان فإن قطع بعضه فلا قِصَاص فيه؛ لعدم إمكان استيفاء المثل، وإن استوعب فقد ذكر في الأصل أن اللِّسان لا يقتص فيه.

وقال أبو يوسف: فيه القِصَاص.

وجه قوله: إن القطع إذا كان مسْتَوعباً، أمكن استيفاء المِثْل فيه بالاستيعاب، فيكون الجَزَاء مثل الجناية.

وجه ما ذكر في الأصل: أن اللِّسان ينقبض وينبسط، فلا يمكن اسْتيفاء القِصَاص فيه بصِفة المُمَاثلة، وإن قطع الحشفة ففيها القِصَاص لإمكان استيفاء المثَل؛ لأن لها حدًّا معلوماً، وإن قطع بعضها أو بعض الذّكر، فلا قصاص فيه؛ لأنه لا حدّ لذلك، فلا يمكن القطع بصفة المماثلة، فصار كما لو قطع بعض اللِّسان.

٣/١٥٥أ

ولو قطع الذكر [كله][1] من/ أصله ذكر في الأصل: أنه لا قصاص فيه.

وقال أبو يوسف: فيه القصاص.

وجه قوله: إن عند الاسْتِيعاب أمكن الاسْتِيفاء على وجه المُمَاثلة، فيجب القِصَاصُ.

وجه ما ذكر في الأصل: أن الذَّكر ينقبض مرة وينبسط أخْرى، فلا يمكن مراعاة المُمَاثلة فيه، فلا يَجب القِصَاص، ولا قصاص في جزء شعر الرأس وحلقه، وحلق الحاجبين والشَّارب واللِّحية وإن لم ينبت بعد الحلق والنتف.

أما الجز فلأنه لا يعلم مَوْضعه، فلا يمكن أخذ المثل؛ وأما الحلق والنتف الموجود من الحَالِق والناتف - فلأن المستحق حلق ونتف غير منْبت، وذلك ليس في وسع المخْلُوق والمنتوف؛ لجواز أن يقع حلقه ونتفه منبتاً، فلا يكون مِثْل الأول.

وذكر في «النوادر»: أنه يجب القِصَاص إذا لم ينبت، ولم يذكر حكم ثدي المرأة أنه هل يجب فيه القِصَاص أم لا؟ وكذا لم يذكر حكم الأنثيين في وجوب القصاص فيهما، وينبغي ألاّ يجب القِصَاص فيهما؛ لأن كل ذلك ليس له مفصل مَعْلُوم، فلا يمكن استيفاء المثل.

وأما حَلَمة ثَدْي المرأة فينبغي أن يجب القِصَاص فيها؛ لأن لها حدًّا معلوماً، فيُمْكن اسْتِيفاء المثل فيها كالحشفة.

ولو ضَرَب على رأس إنسان حتى ذهب عَقْلهُ أو سمعه أو كلامه أو شمُه أو ذوقه أو جماعه أو ماء صلبه - فلا قِصَاص في شيء من ذلك؛ لأنه لا يمكنه أن يضْرب ضرباً تذهب به

(١) سقط من ط.

هَذِهِ الأشياء، فلم يكن استيفاء المِثْل ممكناً، فلا يجب القِصَاص؛ وكذلك لو ضَرَب على يد رَجُل أو رجله فشلّت، لا قصاص عليه؛ لأنه لا يمكنه أن يضرب ضرباً مشلاً، فلم يكن المِثْل مقدور الاسْتِيفَاء، فلا يجب القِصَاص، والله سبحانه وتعالى أعلم.

وأما الشِّجاج فلا خلاف في أن الموضّحة فيها القِصَاص؛ لعُمُوم قوله سبحانه وتعالى: ﴿وَالجُرُوحَ قِصَاصٌ﴾ [المائدة:٤٨] إلا ما خصّ بدليل؛ ولأنه يمكن استيفاء القِصَاص فيها على سبيل المماثلة؛ لأن لها حدًّا تنتهي إليه السِّكين وهو العظم، ولا خلاف في أنه لا قِصَاص فيما بعد الموضّحة؛ لتعدد الاسْتِيفَاء فيه على وجه المماثلة؛ لأن الهاشمة تهشم العظم، والمنقلة تهشم وتنقل بعد الهشم، ولا قِصَاص في هَشْم العظم لما بينا، والآمة لا يؤمن[1] فيها من أن ينتهي السِّكين إلى الدماغ، فلا يمكن استيفاء القِصَاص في هذه الشِّجاج على وجه المُمَاثلة، فلا يجب القِصَاص بخلاف الموضّحة.

وأما ما قبل الموضّحة فقد ذكر محمَّد في الأصل: أنه يجب القِصَاص في الموضحة والسِّمحاق والباضعة والدامية.

وروى الحسن عن أبي حنيفة ـ رضي الله عنه ـ: أنه لا قِصَاص في الشجاج إلا في الموضّحة والسمحاق إن أمكن القِصَاص في السِّمْحَاق. وروي عن النَّخعي ـ رحمه الله ـ أنه قال: ما دون الموضِّحة خدوش، وفيها حكومة عدل؛ وكذا روي عن عمر بن عبد العزيز ـ رحمهما الله.

وعن الشعبي ـ رحمه الله ـ أنه قال: ما دون الموضِّحة فيه أجرة الطَّبيب.

وجه رواية الحسن ـ رحمه الله ـ: أن ما دون الموضِّحة مما ذكرنا لا حدَّ له ينتهي إليه السِّكين، فلا يمكن الاسْتِيفَاء بصِفَة المماثلة.

وجه رواية الأصل: أن اسْتِيفَاء المثل فيه ممكن؛ لأنه يمكن معرفة قدر غور الجِرَاحة بالمسبار، ثم إذا عرف قدره به يعمل حديدة على قدره، فتنفذ في اللَّحم إلى آخرها، فيستوفي منه مثل ما فعل، ثم ما يجب فيه القِصَاص من الشِّجاج لا يقتص من الشَّاج إلا في مَوْضِع الشَّجة من المشْجُوج من مقدَّم رأسه ومؤخره ووسطه وجنبيه؛ لأن وجوب القِصَاص للشّين الذي يلحق المشجوج، وذا يختلف باختلاف المواضع من الرأس. ألا ترى أن الشين في مؤخر الرَّأس لا يكون مثل الشَّين الذي في مقدمه؛ ولهذا يستوفي على مِسَاحة الشجة من طُولها وعرضها ما أمكن؛ لاختلاف الشّين باختلاف الشَّجة في الصغر والكبر.

وعلى هذا يخرج ما إذا شج رجلاً موضّحة فأخذت الشجة ما بين قرني المشْجوج، وهي

---

(١) في أ: تؤثر.

لا تأخذ ما بين قرني الشَّاج، لصغر رأس المشْجُوج وكبر رأس الشَّاج ـ أنه لا يستوعب ما بين قَرْنَي الشاج في القِصَاص؛ لأن في الاسْتِيعَاب استيفاء الزِّيادة وفيه زيادة شينٍ، وهذا لا يجوز، ولكن يخير المشْجُوج إن شاء اقتصّ من الشَّاج حتى يبلغ مقدار شجته في الطُّول ثم يكف، وإن شاء عدل إلى الأرش؛ لأنه أخذ[1] حقه ناقصاً؛ لأن الشَّجة الأولى وَقَعت مسْتَوعبة، والثانية لا يمكن اسْتِيعَابها، فيثبت له الخيار؛ فإن شاء اسْتَوفى حقه ناقصاً تشفياً للصَّدر، وإن شاء عَدَل إلى الأرش كما قلنا في الأشلّ إذا قطع يد الصَّحيح، فإن اختار القِصَاص فله أن يبدأ من أي الجانبين[2] شاء؛ لأن كل ذلك حقه، فله أن يَبْتَدىء من أيهما شاء.

وإن كانت الشَّجة تأخذ ما بين قرني المشْجُوج ولا تفضل، وهي [تأخذ][3] ما بين قَرْني الشَّاج وتفضل عن قَرْنيه؛ لكبر رأس المشْجُوج وصغر رأس الشاج ـ فللمشْجُوج الخيار: إن شاء أخذ الأرش وإن شاء أخذ الأرش وإن شاء اقتصّ ما بين قرني الشَّاج لا يزيد على ذلك شيئاً؛ لأنه لا سَبيل إلى اسْتِيفَاء الزيادة على ما بين قَرْني الشاج؛ لأنه ما زاد على ما بين قرني المشْجُوج فلا يزاد على ما بين قَرْنيه، فيخير المشجوج؛ لأنه وجد حقَّه ناقصاً؛ إذ الثَّانية دون الأولى في قدر/ الجِرَاحة؛ فإن شاء رضي باستيفاء حقه ناقصاً واقتصر على ما بين قَرْني الشَّاج طلباً للتشفيِّ؛ وإن شاء عَدَل إلى الأرش.

وإن كانت الشَّجة لا تأخذ بين قَرْني المشجوج، وهي تأخذ ما بين قَرْني الشاج لا يجوز أن يَسْتوعب بين قَرْني الشاج كله بالقِصَاص؛ لأن الشَّجة الأولى وقعت غير مُسْتَوعبة، فالاستيعاب في الجزء يكون زِيَادة، وهذا لا يَجُوز، وإن كان ذلك مِقْدار شجه في المساحة؛ كما لا يجوز استيفاء ما فضل عن قَرْني الشاج في المسألة الأولى، وإن كان ذلك مقدار الشَّجة الأولى في المساحة، وله الخيار لتعذر استيفاء مثل شجَّته في مِقْدَارها في المِسَاحة في الطُّول، فإن شاء اقتص ونقص عما بين قَرْني الشَّاج، وإن شاء ترك وأخذ الأرش.

وإن كانت الشَّجّة في طول رأس المشْجُوج، وهي تأخذ من جبهته إلى قفاه، ولا تبلغ من الشَّاج إلى قفاه بخير المشْجُوج إن شاء اقتصّ مقدار شجته إلى مثل مَوْضِعها من رأس الشَّاج لا يزيد عليه، وإن شاء أخذ الأرش لما بينا فيما تقدَّم.

وحكى الطحاوي عن علي بن العباس الرَّازي أنه قال: إذا اسْتَوعبت الشجّة ما بين قَرْني المشجوج، ولم تستوعب ما بين قَرْني الشَّاج ـ يقتص من الشَّاج ما بين قرنيه كله، وإن زاد

---

(١) في ط: وجد.

(٢) في أ: الجنايتين.

(٣) سقط من ط.

ذلك على طول الشَّجة الأولى؛ لأنه لا عِبْرَة للصِّغر والكبر في القِصَاص بين العُضْوَين؛ كما في اليدين والرجلين أنه يجري القِصَاص بينهما.

وإن كانت إحداهما أكْبر من الأخرى؛ فكذا في الشجة، وهذا الاعتبار غير سديد؛ لأن وُجُوب القَطْع هناك لفوات المنفعة، وأنها لا تَخْتَلف بالصِّغر والكِبر. ألا يرى أن اليد الصَّغيرة قد تكون أكثر مَنْفعة من الكبيرة، فإذا لم يختلف ما وَجَبَ له لم يختلف الوُجُوب، بخلاف الشَّجة؛ لأن وجُوب القِصَاص فيها للشَّين الذي يلحق المشْجُوج وأنه يختلف فيزداد بزيادة الشَّجة، وينتقص بنقصانها، لذلك افترق الأمران، والله سبحانه وتعالى أعلم بالصَّواب.

وأما الجراح فإن مَاتَ من شيء منها المجروحَ وجب القِصَاص؛ لأن الجراحة صارت بالسّراية نفساً، وإن لم يمت فلا قِصَاص في شيء منها، سواء كانت جائفة أو غيرها؛ لأنه لا يمكن اسْتِيفَاء القِصَاص فيها على وجه المماثلة.

ومنها: أن يكون الجاني والمجني عليه حُرَّين، فإن كان أحدهما حرّاً والآخر عبداً، أو كانا عبدين ـ فلا قصاص فيه.

ومنها: أن يكونا ذَكَرين أو أنثيين عندنا؛ فإن كان أحَدَهُما ذكراً والآخر أنثى، فلا قصاص فيه عند أصْحَابنا، وعند الشافعي ـ رحمه الله ـ: هذا ليس بشرطٍ، ويجري للقِصَاص بين الذكر والأنثى فيما دون النَّفس كما يجري في النَّفس، وهذان الشَّرطان في الحَقِيقة عندنا متداخلان، لأنهما دَخَلاَ في شرط المماثلة؛ لأن المماثلة في الأروش شرط وجوب القِصَاص فيما دون النَّفس؛ بدليل أن الصَّحيح لا يقطع بالأشل ولا كامل الأصابع بناقص الأصابع؛ ولما ذكرنا فما تقدَّم أن ما دون النفس يَسْلك به مسلك الأموال، والمماثلة في الأموال في باب الأموال معتبرة، ولم توجد المماثلة بين الأحرار والعبيد في الأروش؛ لأن أرش طرف العَبْد ليس بمقدر، بل تجب باعْتِبار قيمته، وأرش طرف الحرّ مقدر، فلا يوجد التَّساوي بين أرشيهما، ولئن اتفق اسْتِواؤهما في القدر فلا يعتبر ذلك؛ لأن قيمة طرف العبد تعرف بالحرز والظَّن بتقويم المقوّمين، فلا تعرف المُسَاواة فلا يجب القِصَاص، وكذا لم يوجد بين العبيد والعبيد؛ لأنهم إن اختلفت قيمتهم فلم يوجد التساوي في الأرش، وإن استوت قيمتهم، فلا يعرف ذلك إلا بالحرز والظن؛ لأنه يعرف بتقويم المقومين، وذلك يختلف فلا يعرف التساوي في أروشهم؛ فلا يجب القصاص أو تبقى فيه شبهة العدم، والشبهة في باب القصاص ملحقة بالحقيقة، ولا بين الذكور، والإناث فيما دون النفس؛ لأن أرش الأنثى نصف أرش الذكر، وعند الشافعي ـ رحمه الله ـ المساواة في الأروش في الأحرار غير معتبرة.

وجه قوله: إن القصاص جرى بين نفسيهما فيجري بين طرفيهما؛ لأن الطرف تابع للنفس.

ولنا أنه لا مساواة بين أرشيهما؛ فلا قصاص في طرفيهما كالصحيح مع الأشل، ولا قصاص في الأظفار لانعدام المساواة في أروشها، لأن أرش الظفر الحكومة وأنها معتبرة[١] بالحرز والظن؛ والله تعالى الموفق.

فصل

وأما كون الجناية فيما دون النفس بالسلاح، فليس بشرط، لوجوب القصاص فيه، فسواء كانت بسلاح أو غيره يجب فيه القصاص؛ لأنه ليس فيما دون النفس شبهة عمد، وإنما فيه عمد أو خطأ لما ذكرنا فيما تقدم؛ فاستوى فيهما السلاح وغيره. هذا الذي ذكرنا شرائط وجوب القصاص فيما دون النفس، وأما بيان وقت الحكم بالقصاص، فيما دون النفس، فوقته ما بعد البرء، فلا يحكم بالقصاص فيه ما لم يبرأ، وهذا عندنا.

وعند الشافعي ـ رحمه الله ـ وقته ما بعد الجناية، ولا ينتظر وجه قوله إنه وجب القصاص للحال، فله أن يستوفي الواجب للحال.

ولنا ما روي أنه ـ عليه الصلاة والسلام ـ قال: «**لاَ يُسْتَقَادُ مِنَ الجِرَاحَةِ حَتَّىٰ يَبْرَأَ**»[٢]/ وروي أن رجلاً جرح حسان بن ثابت ـ رحمه الله ـ في فخذه بعظم فجاء الأنصار إلى رسول الله ـ ﷺ ـ فطلبوا القصاص، فقال عليه الصلاة والسلام: «**أَنْتَظِرُوا مَا يَكُونُ مِنْ صَاحِبِكُمْ، فَأَنَا وَالله مُنْتَظِرُهُ**»[٣] وهو أنه يحتمل السراية والجراحة عند السراية تصير قتلاً؛ فيتبين أنه استوفى غير

---

(١) في أ: تعرف.

(٢) رواه الطحاوي في شرح المعاني (٣/ ١٨٤) من طريق ابن المبارك عن عنبسة بن سعيد عن الشعبي عن جابر عن النبي ﷺ قال: «لا يستقاد من الجرح حتى يبرأ».
ورواه ابن أبي حاتم في علل الحديث (١/ ٤٥٦) رقم (١٣٧١) وقال: قال أبو زرعة هو مرسل مقلوب اهـ.
ورواه البزار كما في الكشف (٢/ ٢٠٤) رقم (١٥٢٦) من طريق ابن المبارك ثنا عنبسة عن مجالد عن الشعبي عن جابر.
وذكره الهيثمي في المجمع (٦/ ٢٩٩) وعزاه إلى الطبراني في الأوسط.
وقال فيه محمد بن عبد الله بن نمران وهو ضعيف اهـ.
ورواه الحازمي في الاعتبار (ص ٤٥٥) من طريق عبد الله بن عبد الله الأموي عن ابن جريج وعثمان بن الأسود ويعقوب بن عطاء عن أبي الزبير عن جابر رضي الله عنه أن رجلاً جرح فأراد أن يستقيد فنهى رسول الله ﷺ أن يستقاد من الجارح حتى يبرأ المجروح.

(٣) روى عبد الرزاق في المصنف (٩/ ٤٥٣) رقم (١٧٩٩٠) عن الثوري عن عيسى بن المغيرة عن يزيد بن وهب أن عمر بن عبد العزيز كتب إلى طريف بن ربيعة وكان قاضياً بالشام ـ أن صفوان بن المعطل ضرب حسان بن ثابت بالسيف فجاءت الأنصار إلى النبي ﷺ فقالوا: القود فقال النبي ﷺ: تنتظرون فإن برأ صاحبكم تقتصوا وإن يمت نفدكم فعوفي فقالت الأنصار: قد علمتم أن هوى النبي ﷺ في العفو قال: فعفوا عنه فأعطاه صفوان جارية فهي أم عبد الرحمن بن حسان.

حقه، وهذا فرع مسألة ذكرناها، وهي أن المجروح إذا مات بالجراحة يجب القصاص بالنفس عندنا لا في الطرف، وعند الشافعي ـ رحمه الله ـ يفعل به مثل ما فعل؛ والله ـ سبحانه وتعالى ـ أعلم بالصواب.

فصل

وأما الذي فيه دية كاملة، فالكلام فيه في موضعين.

أحدهما: في بيان سبب الوجوب.

والثاني: في بيان شرائطه.

أما السبب: فهو تفويت المنفعة المقصودة من العضو على الكمال، وذلك في الأصل بأحد أمرين: إبانة العضو، وإذهاب معنى العضو مع بقاء العضو صورة.

أما الأول ـ فالأعضاء التي تتعلق بانتهاء كمال الدية أنواع ثلاثة: نوع لا نظير له في البدن، ونوع في البدن منه اثنان، ونوع في البدن منه أربعة.

أما الذي لا نظير له في البدن فستة أعضاء: **أحدها**: الأنف سواء استوعب جدعاً، أو قطع المارن منه وحده؛ وهو ما لان من الأنف.

والثاني: اللسان سواء استوعب قطعاً، أو قطع منه ما يذهب بالكلام كله.

والثالث: الذكر سواء استوعب قطعاً أو قطع الحشفة منه وحدها، والأصل فيه ما روي عن سعيد بن المسيب أن رسول الله ـ ﷺ ـ قال: «**في النَّفْس الدِّيةُ، وَفِي اللِّسَانِ الدِّيةُ، وَفِي الذَّكَرِ الدِّيَةُ، وَفِي الأَنْفِ الدِّيَةُ، وَفِي المَارِنِ الدِّيةُ**»[1].

وروي أنه عليه الصلاة والسلام كتب في كتاب عمر وابن حزم: «**في النَّفْسِ الدِّيةُ، وَفِي الأَنْفِ الدِّيَةُ، وَفِي اللِّسَانِ الدِّيةُ**»، ولأنه أبطل المنافع المقصودة من هذه الأعضاء، والجمال

---

(١) وأخرجه البيهقي (٨/ ٨٩) كتاب الديات: باب دية اللسان، عن سعيد بن المسيب مرسلاً بلفظ: مضت السنة بأن في اللسان الدية وأخرجه ابن أبي شيبة (٩/ ١٧٥ ـ ١٧٦) رقم (٦٩٧٥) والبيهقي (٨/ ٨٩) عن رجل من آل عمر قال: قال رسول الله ﷺ: «في اللسان الدية كاملة».

وأخرجه ابن عدي (٦/ ١٠١) والبيهقي (٨/ ٨٩) من طريق محمد بن عبيد الله عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبي ﷺ قال: في اللسان الدية إذا منع الكلام وفي الذكر الدية إذا قطعت الحشفة وفي الشفتين الدية. قال ابن عدي: هذا غريب المتن لا يروى إلا من هذا الطريق وقال البيهقي: هذا إسناد ضعيف محمد بن عبيد الله العرزمي والحارث بن نبهان ضعيفان.

أيضاً من بعضها، فالمقصود من الأنف الشم، والجمال أيضاً، ومن اللسان الكلام، ومن الذكر الجماع، والحشفة يتعلق بها منفعة الإنزال، وقد زال ذلك كله بالقطع.

وإن كان ذهب بعض الكلام بقطع بعض اللسان دون بعض ففيه حكومة العدل؛ لأنه لم يوجد تفويت المنفعة على سبيل الكلام، وقيل تقسم الدية على عدد حروف الهجاء، فيجب من الدية بقدر ما فات من الحروف، ونقلت هذه القضية عن سيدنا علي ـ رضي الله عنه ـ؛ لأن المقصود من اللسان هو الكلام، وقد فات بعضه دون بعض فيجب من الدية بقدر الفائت منها، لكن إنما يدخل في القسمة الحروف التي تفتقر إلى اللسان؛ فأما ما لا يفتقر إلى اللسان من الشفوية، والحلقية، كالباء، والفاء، والهاء، ونحوهما، فلا تدخل في القسمة.

والرابع: الصلب إذا احدودب بالضرب وانقطع الماء، وهو المني فيه دية كاملة لوجود تفويت منفعة الجنس.

والخامس: مسلك البول.

والسادس: مسلك الغائط من المرأة إذا أفضاها إنسان فصارت لا تستمسك البول أو الغائط فعليه دية كاملة، فإن صارت لا تستمسكهما فعليه لكل واحد منهما دية كاملة؛ لأنه فوت منفعة مقصودة بالعضو على الكمال، فيجب عليه كمال الدية.

وأما الأعضاء التي في البدن منها اثنان فالعينان، والأذنان، والشفتان، والحاجبان، إذا ذهب شعرهما، ولم ينبت والثديان والحلمتان والأنثيان.

والأصل فيه ما روي عن ابن المسيب؛ أنه ـ عليه الصلاة والسلام ـ قال: **«وَفِي الأُذُنَيْنِ الدِّيَةُ، وَفِي العَيْنَيْنِ الدِّيَةُ، وَفِي الرِّجْلَيْنِ الدِّيَةُ»**، ولأن في القطع كل اثنين من هذين العضوين تفويت منفعة الجنس منفعة مقصودة، أو تفويت الجمال على الكمال كمنفعة البصر في العينين، والبطش في اليدين، والمشي في الرجلين، والجمال في الأذنين، والحاجبين، إذا لم ينبتا، والشفتين، ومنفعة إمساك الريق في إحداهما وهي السفلى، والثديان وكاء للبن، وفي الحلمتين منفعة الرضاع، والأنثيان وكاء المني.

وأما الأعضاء التي منها أربعة في البدن فنوعان:

أحدهما: أشفار العينين؛ وهي منابت الأهداب إذا لم تنبت لما في تفويتها تفويت منفعة البصر، والجمال أيضاً على الكمال، وفي كل شفر منها ربع الدية.

والثاني: الأهداب وهي شعر الأشفار إذا لم تنبت لما قلنا.

وأما اذهاب معنى العضو مع بقاء صورته فنحو العقل، [والسمع][١] والبصر، والشم، والذوق، والجماع، والإيلاد بأن ضرب على إنسان فذهب عقله، أو سمعه، أو كلامه، أو شمه، أو ذوقه، أو جماعه؛ أو إيلاده بأن ضرب على ظهره فذهب ماء صلبه، والأصل فيه ما روي عن سيدنا عمر ـ رضي الله عنه ـ أنه قضى في [رجل واحد][٢] بأربع ديات: ضرب على رأسه فذهب عقله، وكلامه، وبصره، وسمعه[٣]؛ لأنه فوت المنافع المقصودة عن هذه الأعضاء على سبيل الكمال.

أما العقل، فلأن تفويته تفويت منافع الأعضاء كلها؛ لأنه لا يمكن الانتفاع بها فيما وضعت له بفوت/ العقل، ألا ترى أن أفعال المجانين تخرج مخرج أفعال البهائم، فكان إذهابه إبطالاً للنفس معنى.

٣/١٥٦أ

وأما السمع، والبصر، والكلام، والشم، والذوق، والجماع، والإيلاد فكل واحد منها منفعة مقصودة، وقد فوتها كلها.

ولو ضرب على رأس رجل فسقط شعره، أو على رأس امرأة فسقط شعرها، أو حلق لحية رجل، أو نتفها، أو حلق شعر امرأة ولم ينبت؛ فإن كان حراً ففيه الدية عند أصحابنا ـ رضي الله عنهم ـ وعند الشافعي فيه حكومة.

وجه قوله: إنه لا يجب كمال الدية إلا بإتلاف النفس؛ لأن الدية بدل النفس، إلا أن الشرع ورد بذلك عند تفويت منفعة الجنس، كما في قطع اليدين، والرجلين ونحو ذلك؛ لأن تفويت منفعة الجنس يجعل النفس تالفة من وجه، ولم يوجد ذلك في حلق الشعر فبقي الحكم فيه مردوداً إلى الأصل؛ ولهذا لم يجب في حلق شعر سائر البدن.

ولنا أن الشعر للنساء، والرجال جمال كامل، وكذا اللحية للرجال، والدليل عليه ما روي من الحديث، أن الله تبارك وتعالى ـ عز وجل ـ خلق في سماء الدنيا ملائكة من تسبيحهم: سبحان الذي زين الرجال باللحى والنساء بالذوائب، وتفويت الجمال على الكمال في حق الحر يوجب كمال الدية، كالمارن والأذن الشاخصة، والجامع بينهما إظهار شرف الآدمي، وكرامته وشرفه في الجمال فرق شرفه في المنافع، ثم تفويت المنافع على الكمال لما أوجب كمال الدية، فتفويت الجمال على الكمال أولى، بخلاف شعر سائر البدن؛ لأنه لا جمال فيه على الكمال لأنه لا يظهر للناس فتفويته لا يوجب كمال الدية.

---

(١) سقط من ط.
(٢) في أ: ضربة واحدة.
(٣) في ط: وذكره.

وقد روي عن سيدنا علي ـ رضي الله عنه ـ أنه قال: في الرأس إذا حلق فلم ينبت الدية كاملة[١]. وكذا روي عنه أنه قال: في اللحية إذا حلقت فلم تنبت الدية.

وروي أن رجلاً أغلى ماء فصبه على رأس رجل فانسلخ جلد رأسه فقضى سيدنا علي ـ رضي الله عنه ـ بالدية، وعن الفقيه أبي جعفر الهندواني أنه قال: إنما يجب كمال الدية في اللحية، إذا كانت كاملة بحيث يتجمل بها، فأما إذا كانت طاقات متفرقة لا يتجمل بها فلا شيء فيها، وإن كانت غير متوفرة بحيث يقع بها الجمال الكامل، وليست مما يشين ففيها حكومة عدل، وأما شعر العبد ولحيته فذكر في الأصل أن فيه حكومة.

وروى الحسن عن أبي حنيفة ـ رضي الله عنه ـ أن فيه القيمة.

وجه هذه الرواية أن القيمة في العبيد، كالدية في الأحرار، فلما وجبت في الحر الدية تجب في العبد القيمة.

وجه رواية الأصل؛ أن الجمال في العبيد ليس بمقصود، بل المقصود منهم الخدمة، وتفويت ما لي بمقصود لا يتعلق به كمال الدية.

ولو حلق رأس إنسان أو لحيته ثم نبت فلا شيء علي؛ لأن النابت قام مقام الفائت، فكأنه لم يفت الجمال أصلاً، وفي الصعر، وهو اعوجاج الرقبة كمال الدية لوجود تفويت منفعة مقصودة، وتفويت الجمال على الكمال، والله أعلم.

وأما شرائط الوجوب، فمنها أن تكون الجناية خطأ فيما في عمده القصاص، وأما ما لا قصاص في عمده، فيستوي فيه العمد والخطأ، وقد بينا ما في عمده القصاص، وما لا قصاص فيه فيما تقدم ومنها أن يكون المجني عليه ذكراً، فإن كان أنثى فعليه دية أنثى، وهو نصف دية الذكر، سواء كان الجاني ذكراً أو أنثى لإجماع الصحابة ـ رضي الله عنهم ـ على ذلك؛ وهو تنصيف دية الأنثى من دية الذكرعلى ما ذكرنا في دية النفس.

ومنها أن يكون الجاني والمجني عليه حرين؛ فإن كان الجاني حراً والمجنى عليه عبداً، فلا دية فيه وفي القيمة في قول أبي حنيفة ـ رضي الله عنه ـ، ثم إن كان قليل القيمة وجبت جميع القيمة، وإن كان كثير القيمة بأن بلغت الدية، ينقص من قيمته عشرة؛ كذا روى أبو

---

(١) روى البيهقي في الكبرى (٨/ ٩٨) كتاب الديات، باب ما جاء في الحاجبين واللحية والرأس عن زيد بن ثابت قال في الشعر إذا لم ينبت الدية وفي إسناد حجاج بن أرطاة وهو ضعيف ونقل البيهقي عقبه قول ابن المنذر: في الشعر يجنى عليه فلا ينبت روينا عن علي وزيد بن ثابت رضي الله عنهما أنهما قالا فيه الدية قال ولا يثبت عن علي وزيد ما روي عنهما» اهـ.

يوسف ـ رحمه الله تعالى ـ عن أبي حنيفة ـ رضي الله عنه ـ أنه قال: كل شيء من الحر فيه الدية، فهو من العبد فيه القيمة، وكل شيء من الحر فيه نصف الدية فهو من العبد فيه نصف القيمة؛ وكذلك الجراحات، وعموم هذه الرواية يقتضي أن كل شيء من الحر فيه قدر من الدية؛ فمن العبد فيه ذلك القدر من قيمته من غير فصل بين ما يقصد به المنفعة، كالعين، واليد، والرجل، وبين ما يقصد به الجمال والزينة مثل الحاجب، والشعر، والأذن؛ وهكذا روى الحسن ـ رحمه الله ـ عنه أنه أن حلق أحد حاجبيه، فلم ينبت أو نتف أشفار عينيه الأسفل أو الأعلى ـ يعني أهدابه ـ فلم تنب، أو قطع إحدى شفتيه العليا أو السفلى أن عليه في كل واحد من ذلك نصف القيمة.

وقال أبو يوسف: رجع أبو حنيفة في حاجب العبد وفي أذنيه وقال: فيه حكومة العدل؛ وكذا قال محمد: استقبح أبو حنيفة ـ رحمه الله ـ أن يضمن في أذن العبد نصف القيمة؛ وهذا دليل الرجوع أيضاً.

والحاصل أن الواجب فيما يقصد به المنفعة هو القيمة رواية واحدة عنه، وفيما يقصد به الزينة والجمال عنه روايتان: وقال محمد: الواجب في ذلك كله النقصان يقوّم العبد مجنياً عليه، ويقوم وليس به الجناية، فيغرم الجاني ما بين القيمتين؛ وهو قول أبي يوسف الآخر/ وقوله الأول مع أبي حنيفة.

وجه قول محمد: إن ما دون النفس من العبد له حكم المال؛ لأن خلق لمصلحة النفس كالمال، وبدليل أنه لا يجب فيه القصاص؛ ولا تتحمله العاقلة فكان ضمانه ضمان الأموال، وضمان الأموال غير مقدر، بل يجب بقدر نقصان المال، كما في سائر الأموال.

وجه رواية الجمع لأبي حنيفة ـ رضي الله عنه ـ أن القيمة في العبد كالدية في الحر، فلما جاز تقدير ضمان جناية الحر بديته، جاز تقدير ضمان جناية العبد بقيمته؛ ولأن التقدير قد دخل على الجناية عليه في النفس حتى لايبلغ الدية، إذا كان كثير القيمة، فجاز أن يدخل في ضمان الجناية فيما دون النفس كالحر.

ووجه رواية الفرق له أن الجمال ليس بمقصود في العبيد، بل المقصود منهم الخدمة، فأما المنفعة فمقصودة من الأحرار والعبيد جميعاً؛ ولأن ما دون النفس من العبيد له شبه النفس وشبه المال، أما شبه النفس فظاهر؛ لأنه من أجزاء النفس حقيقة، وأما شبه المال، فإنه لا يجب فيه القصاص، ولا تتحمله العاقلة فيجب العمل بالشبهين، فيعمل بشبه النفس فيما يقصد به المنفعة بتقدير ضمانه بالقيمة، كما لو جنى على النفس، ويعمل بشبه المال فيما يقصد به الجمال، فلم يقدر ضمانه بالقيمة، كما إذا أتلف المال عملاً بالشبهين بقدر الإمكان، وقد خرج الجواب عما ذكر محمد من عدم وجوب القصاص، وتحمل العاقلة؛ لأن ذلك عمل بشبه

المال، وأنه لا ينفي العمل بشبه النفس؛ فيجب العمل بهما جميعاً، وذلك فيما قلنا.

ثم الحر إذا فقأ عيني عبد إنسان، أو قطع يديه، أو رجليه حتى وجب عليه كمال القيمة، فمولاه بالخيار إن شاء سلمه إلى الفاقىء وأخذ قيمته، وإن شاء أمسكه ولا شيء له.

وقال أبو يوسف ومحمد ـ رحمهما الله ـ: له أن يمسكه ويأخذ ما نقصه. وقال الشافعي رحمه الله: له أن يمسكه ويأخذ جميع القيمة، وجه قوله إن الواجب فيه وهو القيمة ضمان العضوين الفائتين لا غير؛ فيبقى الباقي على ملكه، كما لو فقأ إحدى عينيه، أو قطع إحدى يديه، أنه يضمن نصف قيمته ويبقى الباقي على ملك مالكه؛ كذا هذا.

وجه قولهما: إن الضمان بمقابلة العينين، كما قال الشافعي: ـ عليه الرحمة ـ، لكن الرقبة هلكت من وجه لفوات منفعة الجنس، فيخير المولى إن شاء مال إلى جهة الهلاك، وضمنه القيمة، وسلم العبد إلى الفاقىء لوصول عوض الرقبة إليه، وإن شاء مال إلى جهة القيام، وأمسكه، وضمن النقصان، وهو بدل العينين، كما يخير صاحب المال عند النقصان الفاحش في المواضع كلها.

ولأبي حنيفة ـ رضي الله عنه ـ أنه لما وصل إلى المولى بدل النفس، فلو بقي العبد على ملكه لاجتمع البدل والمبدل في ملك رجل واحد، فيما يصح تمليكه بعقود المعاوضات؛ وهذا لا يجوز، كما لا يجوز اجتماع المبيع والثمن في ملك رجل واحد، ولا يلزم ما إذا غصب مدبراً فأبقى من يده أن المولى يضمنه قيمته، والمدبر على ملكه؛ لأنه لا يحتمل التمليك بعقد المعاوضة، ولا تلزم الهبة بشرط العوض إذا سلم الهبة، ولم يقبض العوض، أنه اجتمع على ملك الموهوب له العوض والمعوض؛ لأن العوض قبل القبض لا يكون عوضاً، فلم يجتمع العوض والمعوض، ولا يلزم البيع الفاسد، إذا قبض المشتري المبيع، ولم يسلم الثمن؛ لأن الثمن ليس ببدل في البيع الفاسد، إنما البدل القيمة؛ وقد ملكها البائع حين ملك المشتري المبيع، فلم يجتمع البدل والمبدل في ملكه، ولا يلزم ما إذا اشترى عبداً بجارية على أنه بالخيار فقبض العبد فأعتقهما جميعاً أنه ينفذ إعتاقه فيهما جميعاً، وقد اجتمع العوض والمعوض على ملكه؛ لأنه لما عتقهما فسد البيع في الجارية، وصار العوض عن العبد القيمة، وملكها البائع في مقابلة ملك العبد، فلم يجتمع العوض والمعوض، ولا يلزم ما إذا استأجر شيئاً، وعجل الأجرة أن المؤاجر يملكها والمنافع على ملكه، فقد اجتمع البدل والمبدل في ملك واحد؛ لأن المنافع لا تملك عندنا إلا بعد وجودها، وكلما وجد جزء منها حدث على ملك المستأجر، فلم يجتمع العوض والمعوض على ملك المؤاجر، ولا يلزم ما إذا غصب عبداً فجنى عنده جناية ثم رده على مولاه فجنى عنده جناية أخرى، ودفعه بالجنايتين أنه يرجع على الغاصب بنصف القيمة، فيدفعها إلى ولي الجناية الأولى، ومعلوم أن نصف القيمة عوض

عن نصف الرقبة الذي سلم له فقد اجتمع في ملكه؛ وهو نصف العبد العوض والمعوض؛ لأن الممتنع اجتماع العوض والمعوض في ملك رجل بعقد المعاوضة، ولم يوجد هناك؛ لأن ولي الجناية إنما يأخذ عوضاً عن جنايته لا عن المال، واجتماع العوض والمعوض في ملك رجل واحد بغير عقد المعاوضة؛ جائز، كمن استوهب المبيع من البائع والثمن من المشتري أو ورثهما، والله سبحانه وتعالى أعلم.

وإن كان الجاني عبداً، والمجني عليه حراً، أو كانا جميعاً عبدين، فحكم هذه الجناية وجوب الدفع، إلا أن يختار المولى الفداء/ على ما ذكرنا في جنايات العبيد والله ـ سبحانه وتعالى ـ أعلم. ٣/٥٧ب

فصـــــــل

وأما الذي يجب فيه أرش مقدر، ففي كل اثنين من البدن فيهما كمال الدية، في أحدهما نصف الدية من إحدى العينين، واليدين، والرجلين، والأذنين، والحاجبين إذا لم تنبت، والشفتين، والأنثيين، والثديين، والحلمتين، لما روي أنه ـ عليه الصلاة والسلام ـ كتب في كتاب عمرو بن حزم: وفي العينين الدية، وفي إحداهما نصف الدية، وفي اليدين الدية، وفي إحداهما نصف الدية؛ ولأن كل الدية عند قطع العضوين يقسم عليهما، فيكون في أحدهما النصف؛ لأن وجوب الكل في العضوين لتفويت كل المنفعة المقصودة من العضوين، والفائت بقطع أحدهما النصف؛ فيجب فيه نصف الدية، ويستوي فيه اليمين واليسار؛ لأن الحديث لا يوجب الفصل بينهما، وسواء ذهب بالجناية على العين نور البصر دون الشحمة، أو ذهب البصر مع الشحمة؛ لأن المقصود من العين البصر، والشحمة فيه تابعة. وكذا العليا والسفلى من الشفتين سواء عند عامة الصحابة ـ رضوان الله عليهم .

وروي عن زيد بن ثابت ـ رضي الله عنه ـ أنه فصل بينهما، فأوجب في السفلى الثلثين وفي العليا الثلث[1]، زيادة جمال في العليا ومنفعة في السفلى، وبقية الصحابة سووا بينهما، وهو قول جماعة من التابعين مثل شريح، وإبراهيم ـ رضي الله عنهما ـ وغيرهما، سواء قطع الحلمة من ثدي المرأة، أو قطع الثدي، وفيه الحلمة ففيه نصف الدية للحلمة، والثدي تبع؛ لأن المقصود من الثدي، وهو منفعة الرضاع يفوت بفوات الحلمة، وسواء كان ذلك بضربة أو ضربتين، إذا كان قبل البرء من الأولى؛ لأن الجناية لا تستقر قبل البرء؛ فإذا أتبعها الثانية قبل استقرارها صار كأنه أوقعهما معاً.

---

(١) روى عبد الرزاق في المصنف (٩/ ٣٤٣) رقم (١٤٧٨٤) عن إسرائيل قال: أخبرني أبو إسحاق عاصم بن ضمرة عن علي قال: في الشفتين الدية.
ورود أيضاً في حديث عمرو بن حزم «وفي الشفتين الدية» وقد تقدم.

وفي أصابع اليدين والرجلين في كل واحدة منها عشر الدية، وهي في ذلك سواء، لا فضل لبعض على بعض.

والأصل فيه ما روي عنه - ﷺ - أنه قال: «**فِي كُلِّ أَصْبُعٍ عَشْرٌ مِنَ الإِبْلِ**»[1] من غير فصل بين أصبع وأصبع.

---

(١) أخرجه أبو داود (٤/ ٦٩١) كتاب الديات: باب ديات الأعضاء حديث (٤٥٦٢) والنسائي (٨/ ٥٧) كتاب القسامة: باب عقل الأصابع وابن ماجه (٢/ ٨٨٦) كتاب الديات: باب دية الأصابع حديث (٢٦٥٣) وأحمد (٢/ ٢٠٧) وابن الجارود في «المنتقى» (٧٨١) والبيهقي (٨/ ٩٢) كتاب الديات: باب الأصابع كلها سواء، من طرق عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال: قال رسول الله ﷺ: «في الأصابع عشر عشر».
وفي الباب عن ابن عباس وأبي موسى الأشعري وعمر بن الخطاب.
حديث ابن عباس.
أخرجه أحمد (١/ ١٨٩) وأبو داود (٢/ ٥٩٧) كتاب الديات: باب ديات الأعضاء حديث (٤٥٦١) والترمذي (٤/ ١٣) كتاب الديات: باب ما جاء في دية الأصابع حديث (١٣٩١) وابن حبان (١٥٢٨ - موارد) والدارقطني (٣/ ٢١٢) والبيهقي (٨/ ٩٢) كتاب الديات: باب الأصابع كلها سواء، كلهم من طريق يزيد النحوي عن عكرمة عن ابن عباس قال: قال رسول الله ﷺ: «في دية الأصابع اليدين والرجلين سواء عشر من الإبل لكل إصبع».
وقال الترمذي: حسن صحيح غريب من هذا الوجه.
وصححه ابن حبان.
حديث أبي موسى الأشعري.
أخرجه أحمد (٤/ ٤٠٣، ٤٠٤) وأبو داود (٤/ ٦٨٨) كتاب الديات باب ديات الأعضاء حديث (٤٥٥٦، ٤٥٥٧) والنسائي (٨/ ٥٦) كتاب القسامة: باب عقل الأصابع والدارمي (٢/ ١٩٤) كتاب الديات باب في دية الأصابع، والطيالسي (١/ ٢٩٤ - منحة) رقم (١٤٩٥) وأبو يعلى (١٣/ ٣١٧ - ٣١٩) رقم (٧٣٣٤، ٧٣٣٥) وابن حبان (١٥٢٧ - موارد) والبيهقي (٨/ ٩٢) كتاب الديات: باب الأصابع كلها سواء، والبغوي في «شرح السنة» (٥/ ٤٠٣ - بتحقيقنا) كلهم من طريق مسروق بن أوس عن أبي موسى عن النبي ﷺ قال: الأصابع سواء قلت: عشر عشر؟ قال: نعم.
وصححه ابن حبان.
حديث عمر بن الخطاب.
أخرجه البزار (٢/ ٢٠٧ - كشف) رقم (١٥٣١) من طريق محمد بن عبد الرحمن بن أبي ليلى عن عكرمة بن خالد عن أبي بكر بن عبيد الله بن عمر عن أبيه عن عمر قال: قال رسول الله ﷺ: «في الأنف إذا استوعب جدعه الدية وفي العين خمسون وفي اليد خمسون وفي الرجل خمسون وفي الجائفة ثلث النفس وفي المنقلة خمس عشرة وفي الموضحة خمس وفي السن خمس وفي كل أصبع مما هنالك عشر عشر».
قال البزار: لا نعلمه عن عمر إلا بهذا الإسناد ولا نعلم يروي عكرمة بن خالد عن أبي بكر بن عبيد الله إلا بهذا.
والحديث ذكره الهيثمي في «مجمع الزوائد» (٦/ ٢٩٩) وقال: رواه البزار وفيه محمد بن أبي ليلى وهو سيىء الحفظ وبقية رجاله ثقات.

وروي عن عبد الله بن عباس - رضي الله عنهما - أنه قال: هذه وهذه سواء[(١)]، وأشار إلى الخنصر والإبهام، وسواء قطع أصابع اليد وحدها، أو قطع الكف ومعها الأصابع، وكذلك القدم مع الأصابع لما روي عنه - عليه الصلاة والسلام - أنه قال في الأصابع: «**فِي كُلِّ أُصْبُعٍ عَشْرٌ مِنَ الإِبِلِ**» من غير فصل بين ما إذا قطع الأصابع وحدها، أو قطع الكف التي فيها الأصابع؛ ولأن الأصابع أصل، والكف تابعة لها؛ لأن المنفعة المقصودة من اليد البطش، وأنها تحصل بالأصابع، فكان إتلافها إتلافاً لليد، وسواء قطع الأصابع، أو شل من الجراحة، أو يبس ففيه عقله تاماً؛ لأن المقصود منه يفوت، وما كان من الأصابع فيه ثلاث مفاصل ففي كل مفصل ثلث دية الأصبع، وما كان فيه مفصلان ففي كل واحد منهما نصف دية الأصبع؛ لأن ما في الأصبع ينقسم على مفاصلها كما ينقسم ما في اليد على عدد الأصابع.

وفي إحدى أشفار العينين ربع الدية، وفي الاثنين نصف الدية، وفي الثلاث ثلاثة أرباع الدية إن لم ينبت؛ لأن في الأشفار كلها كل الدية فتقسم الدية على عددها كما تقسم الدية على اليدين، وإن نبت فلا شيء فيه، وسوءا قطع الشفر وحده أو قطع معه الجفن؛ لأن الجفن تبع للشفر كالكف والقدم للأصابع؛ وكذا أهداب العينين إذا لم تنبت حكمها حكم الأشفار.

وفي كل سن خمس من الإبل، يستوي فيه المقدم، والمؤخر، والثنايا، والأضراس والأنياب، والأصل فيه ما روي عنه - عليه الصلاة والسلام - أنه قال: «**فِي كُلِّ سِنٍّ خَمْسٌ مِنَ الإِبِلِ**»[(٢)] من غير فصل بين سن وسن.

---

(١) روى البخاري في صحيحه (١٤/ ٢١٤) كتاب الديات، باب دية الأصابع الحديث (٦٨٩٥) من طريق قتادة عن عكرمة عن ابن عباس مرفوعاً بلفظ «هذه وهذه سواء يعني الخنصر والإبهام».
ورواه «أحمد وأبو داود والترمذي وغيرهم من طريق يزيد النحوي عين عن عكرمة عن ابن عباس مرفوعاً: «في دية الأصابع اليدين والرجلين سواء عشر من الإبل لكل إصبع».
وقد تقدم.

(٢) تقدم في حديث عمرو بن حزم.
وروى ابن ماجة (٢/ ٨٨٥) كتاب الديات، باب دية الأسنان الحديث (٢٦٥١).
من طريق يزيد النحوي عن عكرمة عن ابن عباس عن النبي ﷺ أنه قضى في السن خمساً من الإبل.
قال البوصيري في الزوائد (٢/ ٣٤١):
«هذا إسناد صحيح رجاله ثقات».
ومن حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده.
أخرجه أبو داود (٤/ ٦٩٥) كتاب الديات: باب ديات الأعضاء حديث (٤٥٦٦) والترمذي (٤/ ١٣) كتاب الديات: باب ما جاء في الموضحة حديث (١٣٩٠) والنسائي (٨/ ٥٧) كتاب القسامة: باب المواضح، وابن ماجه (٢/ ٨٨٦) كتاب الديات: باب الموضحة حديث (٢٦٥٥) وابن أبي شيبة (٩/ ١٤٢) رقم (٦٨٣٠) وابن أبي عاصم في «الديات»-(ص-١١٣) والبيهقي (٨/ ٨١) كتاب الديات: باب أرش الموضحة، والبغوي في «شرح السنة» (٥/ ٤٠٣-بتحقيقنا) كلهم من طريق عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده مرفوعاً وقال الترمذي: حديث حسن صحيح.

ومن الناس من فضل أرش الطواحن على أرش الضواحك، وهذا غير سديد، لأن الحديث لا يوجب الفضل؛ وهذا لا يجري على قياس الأصابع؛ لأن الشرع ورد في كل سن بخمس من الإبل؛ لأن الأسنان اثنان وثلاثون، فيزيد الواجب في جملتها على قدر الدية.

ولو ضرب رجلاً ضربة فألقى أسنانه كلها فعليه دية، وثلاثة أخماس الدية، لأن جملة الأسنان اثنان وثلاثون سناً، عشرون ضرساً، وأربعة أنياب، وأربع ثنايا، وأربع ضواحك في كل سن نصف عشر الدية، فيكون في جملتها ستة عشر ألف درهم، وهي دية وثلاثة أخماس دية ـ تؤدي هذه الجملة في ثلاث سنين: في السنة الأولى ـ ثلثا الدية، ثلث من ذلك من الدية الكاملة، وهي عشرة آلاف درهم، وثلث من ثلاثة أخماس الدية وهي ستة آلاف درهم، وفي السنة الثانية الثلث من الدية الكاملة، والباقي من ثلاثة أخماس الدية، [وهي أربعة آلاف درهم][(١)] وفي السنة الثالثة ثلث الدية؛ وهو ما بقي من الدية الكاملة؛ وإنما كان كذلك، لأن الدية الكاملة تؤدى في ثلاث سنين في كل سنة ثلثها، وثلاثة أخماس الدية، وهي ستة آلاف درهم تؤدى في سنتين من السنين الثلاث؛ وهذا/ يلزم أن يكون قدر المؤدى من الديه الكاملة، والناقصة في السنتين الأولتين، وقدر المؤدى من الدية الكاملة في السنة الثالثة، ما وصفنا. ٣/١٥٨أ

ولو ضرب [على][(٢)] أسنان رجل وتحركت ينتظر بها حولاً، لما روي عنه ـ عليه الصلاة والسلام ـ أنه قال: «**يُسْتأنَى بالجِرَاحِ حَتَّىٰ تَبْرَأ**»[(٣)]، والتقدير بالسنة لأنها مدة يظهر فيها حقيقة حالها من السقوط، والتغير، والثبوت، وسواء كان المضروب صغيراً، أو كبيراً.

كذا روي في المجرد عن أبي حنيفة ـ رضي الله عنه ـ أنه يؤجل سنه سواء كان صغيراً، أو كبيراً، وقال أبو يوسف ـ رحمه الله ـ: ينتظر في الصغير، ولا ينتظر في الرجل، وعن محمد ـ رحمه الله ـ: أنه ينتظر إذا تحركت، وإذا سقطت لا ينتظر وجه قوله: إن السن إذا تحركت قد تثبت وقد تسقط؛ فأما إذا سقطت فالظاهر أنها لا تثبت.

وجه قول أبي يوسف في الفرق بين الصغير والكبير: أن سن الصغير يثبت ظاهراً وغالباً، وسن الكبير لا تثبت ظاهراً، وجه قول أبي حنيفة ـ رضي الله عنه ـ: أن احتمال النبات ثابت فيجب التوقف فيه، فإن اشتدت ولم تسقط فلا شيء فيها، وروي عن أبي يوسف ـ رحمه الله ـ فيها حكومة عدل، وإن تغيرت فإن كان التغير إلى السواد، أو إلى الجمرة، أو إلى الخضرة ففيها الأرش تاماً؛ لأنه ذهبت منفعتها وذهاب منفعة العضو بمنزلة ذهاب العضو، وإن كان التغير إلى الصفرة، ففيها حكومة العدل.

---

(١) سقط من ط.

(٢) سقط من ط.

(٣) تقدم.

وروي عن أبي حنيفة ـ رضي الله عنه ـ أنه إن كان حراً، فلا شيء فيه، وإن كان مملوكاً ففيه الحكومة، وهذه الرواية لا تكاد تصح عنه؛ لأن الحر أولى بإيجاب الأرش من العبد.

وقال زفر ـ رحمه الله ـ: في الصفرة الأرش تاماً كما في السواد؛ لأن كل ذلك يفوت بفوت الجمال.

ولنا أن الصفرة لا توجب فوات المنفعة، وإنما توجب نقصانها، فتوجب حكومة العدل، وروي عن أبي يوسف إنه إن كثرت الصفرة حتى تكون عيباً كعيب الحمرة، والخضرة، ففيها عقلها تاماً، ويجب أن يكون هذا قولهم جميعاً، وإن سقطت فإن نبت مكانها أخرى ينظر إن نبتت صحيحة، فلا شيء فيها في قول أبي حنيفة ـ رضي الله عنه ـ وقال أبو يوسف عليه الأرش كاملاً؛ كذا ذكر الكرخي ـ رحمه الله ـ.

وذكر القاضي في شرحه مختصر الطحاوي ـ رحمه الله ـ أن على قول أبي يوسف فيها حكومة العدل، وجه قول أبي يوسف أنه فوت السن، والنابت لا يكون عوضاً عن الفائت؛ لأن هذا العوض من الله تبارك وتعالى، فلا يسقط به الضمان الواجب، كمن أتلف مال إنسان؛ ثم إن الله ـ تبارك وتعالى ـ رزق المتلف عليه مثل المتلف، ولأبي حنيفة ـ رحمه الله ـ أن السن يستأني بها، فلولا أن الحكم يختلف بالنبات لم يكن للاستيفاء فيه معنى؛ لأنه لما نبتت فقد عادت المنفعة والجمال، وقامت الثانية مقام الأولى، كأن الأولى قائمة كسن الصبي.

هذا إذا نبتت بنفسها، فأما إذا ردها صاحبها إلى مكانها، فاشتدت ونبت عليها اللحم فعلى القالع الأرش بكماله؛ لأن المعادة لا ينتفع بها لانقطاع العروق، بل يبطل بأدنى شيء فكانت إعادتها والعدم بمنزلة واحدة؛ ولهذا جعلها محمد في حكم الميتة حتى قال: إن كانت أكثر من قدر الدرهم لم تجز الصلاة معها، وأبو يوسف ـ رحمه الله ـ فرق بين سن نفسه، وسن غيره؛ فأجاز الصلاة في سن نفسه دون سن غيره.

وعلى هذا إذا قطع أذنه فخاطها فالتحمت، إنه لا يسقط عنه الأرش؛ لأنها لا تعود إلى ما كانت عليه، فلا يعود الجمال.

هذا إذا نبتت مكانها أخرى صحيحة، فأما إذا نبتت معوجة، ففيها حكومة العدل بالاجماع، وإن نبتت متغيرة؛ بأن نبتت سوداء، أو حمراء، أو خضراء، أو صفراء، فحكمها حكم ما لو كانت قائمة فتغيرت بالضربة؛ لأن النابت قام مقام الذاهب، فكأن الأولى قائمة وتغيرت، وقد بينا حكم ذلك.

وأما سن الصبي إذا ضرب عليها فسقطت؛ فإن كان قد ثغر فسنه وسن البالغ سواء وقد ذكرناه؛ وإن كان قبل أن يثغر فإن لم تنبت، أو نبتت متغيرة؛ فكذلك وإن نبتت صحيحة فلا

شيء فيها في قول أبي حنيفة ـ رضي الله عنه ـ كما في سن البالغ، وفي قول أبي يوسف ـ رحمه الله ـ فيها حكومة الألم. فرق أبو يوسف على ما ذكره الكرخي ـ رحمه الله ـ بين سن البالغ والصبي؛ لأن سن الصبي إذا لم يثغر لا نبات له إلا على شرف السقوط بخلاف سن البالغ، وهذه فريعة مسألة الشجة إذا التحمت ونبت الشعر عليها، أنه لا شيء على الشاج في قول أبي حنيفة، وعند أبي يوسف عليه ـ الرحمة ـ فيها حكومة الألم، وعند محمد عليه ـ الرحمة ـ فيها أجرة الطبيب، والمسألة تأتي في بيان حكم الشجاج إن شاء الله تعالى.

ولو ضرب على سن إنسان فتحرك، فأجله القاضي سنة ثم جاء المضروب وقد سقطت سنه، فقال إنما سقطت من ضربتك، وقال الضارب: ما سقطت بضربتي، فالمضروب لا يخلو إما إن جاء في السنة، وإما إن جاء بعد مضي السنة، فإن جاء في السنة فالقياس، أن يكون القول قول الضارب، وفي الاستحسان القول قول المضروب.

ولو شج رأس إنسان موضحة فصارت منقلة، فاختلفا في ذلك فقال المشجوج: صارت منقلة بضربتك/ وعليك أرش المنقلة، وقال الشاج: لا بل صارت منقلة بضربة أخرى حدثت، فالقياس على السن؛ أن يكون القول قول الشاج، وفي الاستحسان القول قول المشجوج. ٣/٥٨ب

وللقياس وجهان: أحدهما ـ أن المضروب والمشجوج يدعيان على الضارب والشاج الضمان وهما: ينكران، والقول قول المنكر مع يمينه، والثاني ـ أنه وقع التعارض بين قوليهما، والضمان لم يكن واجباً فلا تجب بالشك، وإلى هذا أشار محمد في الأصل فقال: استحسن في السن لورود الأثر، والأثر عن إبراهيم النخعي ـ رحمه الله ـ.

وللاستحسان وجهان من الفرق: أحدهما أن الظاهر شاهد للمضروب في مسألة السن؛ لأن سبب السقوط حصل من الضارب، وهو الضرب المحرك؛ لأن التحرك سبب السقوط، فكان الظاهر شاهداً للمضروب؛ بخلاف الشجة لأن الشجة الموضحة لا تكون سبباً لصيرورتها منقلة فلم يكن الظاهر شاهداً له، والقول قول من يشهد له الظاهر، والثاني: أنه لما جرى التأجيل حولاً في السن والتأجيل مدة الحول لانتظار ما يكون من الضربة، فإذا جاء في الحول وقد سقطت سنه فقد جاء بما وقع له الانتظار من الضربة في مدة الانتظار، فكان الظاهر شاهداً له.

فأما الشجة فلم يقدر في انتظارها وقت، فكان القول قول الشاج في قدر الشجة، وإن جاء بعد مضي السنة، فالقول: قول الضارب، لأن التأجيل مدة الحول لاستقرار حال السن لظهور حالها في هذه المدة عادة، فإذا لم يجيء دل على سلامتها عن السقوط بالضربة، فكان السقوط محالاً إلى سبب حادث فكان الظاهر شاهداً للضارب، أو لم يشهد لأحدهما ـ فيبقى المضروب مدعياً، ضماناً على الضارب، وهو ينكر فالقول قوله، أو يقع التعارض فيقع الشك

في وجوب الضمان، والضمان لا يجب بالشك؛ وكذا على الوجه الثاني زمان ما بعد الحول لم يجعل لانتظار حال السن، فاحتمل السقوط من ضربة أخرى من غيره، واحتمل من ضربته؛ فلا يمكن القول بوجوب الضمان مع وقوع الشك في وجوبه والله ـ سبحانه وتعالى ـ أعلم بالصواب.

وأما الشجاج؛ فالكلام في الشجة يقع في موضعين ـ: أحدهما في بيان حكمها بنفسها، والثاني في بيان حكمها بغيرها، أما الأول ـ فالموضحة إذا برئت وبقي لها أثر ففيها خمس من الإبل، وفي الهاشمة عشر، وفي المنقلة خمسة عشر، وفي الآمة ثلث الدية؛ هكذا روي عنه ـ عليه الصلاة والسلام ـ أنه قال: في الموضحة خمس من الإبل، وفي الهاشمة عشر، وفي المنقلة خمسة عشر، وفي الآمة ثلث الدية؛ وليس فيما قبل الموضحة من الشجاج أرش مقدر.

وإن لم يبق لها أثر بأن التحمت ونبت عليها الشعر، فلا شيء فيها في قول أبي حنيفة ـ رضي الله عنه ـ وقال أبو يوسف: عليه حكومة الألم. وقال محمد: عليه أجرة الطبيب.

وجه [قول محمد][1]: إن أجرة الطبيب إنما لزمته بسبب هذه الشجة، فكأنه أتلف عليه هذا القدر من المال، ولأبي يوسف أن الشجة قد تحققت، ولا سبيل إلى إهدارها، وقد تعذر إيجاب أرش الشجة فيجب أرش الألم، وجه قول أبي حنيفة ـ رحمه الله ـ أن الأرش إنما يجب بالشين الذي يلحق المشجوج بالأثر، وقد زال ذلك فسقط الأرش ـ والقول بلزوم حكومة الألم غير سديد؛ لأن مجرد الألم لا ضمان له في الشرع، كمن ضرب رجلاً ضرباً وجيعاً؛ وكذا إيجاب أجرة الطبيب لأن المنافع على أصل أصحابنا ـ رضي الله عنهم ـ لا تتقوم إلا بالعقد أو شبهة العقد، ولم يوجد في حق الجاني العقد، ولا شبهته، فلا يجب عليه أجرة الطبيب.

وأما حكمها بغيرها، بأن شج رأس إنسان موضحة فسقط شعر رأسه، أو ذهب عقله، أو بصره، أو سمعه، أو كلامه، أو شمه، أو ذوقه، أو جماعه، أو إيلاده، فلا شك في أنه يجب عليه أرش هذه الأشياء، وهل يجب عليه أرش الموضحة أم يدخل في أرشها؟ عندهما لا يدخل أرش الموضحة إلا في الشعر والعقل، ولا يدخل فيما وراء ذلك، وقال أبو يوسف ـ رحمه الله ـ في الإملاء: يدخل في الكل إلا في البصر. وقال الحسن بن زياد ـ رحمه الله ـ؛ لا يدخل إلا في الشعر فقط وقال زفر ـ رحمه الله ـ: لا يدخل في شيء من ذلك أصلاً.

وجه قوله: إن الشجة وإذهاب الشعر والعقل وغيرهما جنايتان مختلفتان، فلا يدخل إحداهما ـ في الأخرى كسائر الجنايات من قطع اليدين، والرجلين، ونحو ذلك.

---

(١) في ط: قوله.

وجه قول الحسن ـ رحمه الله ـ: أنهما جنايتان اختلف محلهما والمقصود منهما، فلا يدخل أرش إحداهما في الأخرى كأرش اليدين والرجلين، ولأبي يوسف أن السمع، والكلام، والشم، والذوق، ونحوها من البواطن فيدخل فيها أرش الموضحة كالعقل، وأما البصر فظاهر، فلا يدخل فيه الموضحة كاليد، والرجل؛ وهذا الفرق يبطل بالشعر، لأنه ظاهر، ويدخل أرش الموضحة فيه.

ولأبي حنيفة ومحمد ـ رحمهما الله تعالى ـ الفرق بين الشعر والعقل وبين غيرهما، ووجهه أن في الشعر الجناية حلت في عضو واحد بفعل واحد بسبب واحد/ .

٣/ ١٥٩أ

وأما اتحاد العضو فلا شك فيه؛ لأن كل ذلك حصل في الرأس، وأما العقل فلأنه لم يوجد منه إلا الشعر[1]، وأما اتحاد السبب فلأن دية الشعر تجب بفوات الشعر، وأرش الموضحة يجب بفوات جزء من الشعر، فكان سبب وجوبها واحداً فيدخل الجزء في الكل، كما إذا قطع رجل أصبع رجل فشلت اليد أن أرش الأصبع يدخل في دية اليد، كذا هذا.

وفي العقل الواجب دية النفس من حيث المعنى، لأن جميع منافع النفس يتعلق به فكان تفويته تفويت النفس معنى، فكان الواجب دية النفس فيدخل فيه أرش الموضحة، كما إذا شج رأسه موضحة فسرى إلى النفس فمات، والله ـ سبحانه وتعالى ـ أعلم.

وأما السمع، والبصر، والكلام، ونحوها فقد اختلف السبب والمحل؛ لأن سبب الوجوب في كل واحد منهما تفويت المنفعة المقصودة منه فاختلف المحل، والسبب، والمقصود فامتنع التداخل، وقد روي عن سيدنا عمر ـ رضي الله عنه ـ أنه قضى في شجة واحدة بأربع ديات، فإن اختلفا في ذهاب البصر، والسمع والكلام، والشم فطريق معرفتها اعتراف الجاني، وتصديق المجني عليه، أو نكوله عن اليمين، وقد يعرف البصر بنظر الأطباء بأن ينظر إليه طبيبان عدلان، لأنه ظاهر تمكن معرفته. وقد قيل يمتحن بإلقاء حية بين يديه، وفي السمع يستغفل المدعي، كما روي عن إسماعيل بن حماد بن أبي حنيفة ـ رضي الله تعالى عنهم ـ أن رجلاً ضرب امرأة فادعت عنده ذهاب سمعها، فتشاغل عنها بالنظر في القضاء ثم التفت إليها، وقال: يا هذه غطي عورتك، فجمعت ذيلها فعلم أنها كاذبة في دعواها، وفي الكلام يستغفل أيضاً، وفي الشم يختبر بالروائح الكريهة، وسواء ذهب جميع هذه الأشياء بالشجة، أو ذهب بعضها دون البعض، الاجتماع والافتراق في هذا سواء؛ لأن التداخل فيما يجري فيه التداخل ليس للكثرة بل لما ذكرنا من المعنى، وأنه لا يوجب الفَصل بين الاجتماع، والافتراق، ولا تدخل ديات هذه الأشياء بعضها في بعض، إلا عند السراية أنه يسقط ذلك

(١) في ط: الشجة.

كله، وعليه دية النفس؛ لا غير لما ذكرنا أن كل واحد من هذه الأشياء من السمع، والبصر والكلام، ونحوها أصل بنفسه لاختصاصه بمحل مخصوص ومنفعة مقصودة؛ فلا يجعل تبعاً لصاحبه في الأرش، وإنما دخلت أروشها في دية النفس عند السراية، لأن الأعضاء كلها تابعة للنفس فتدخل أروشها في دية النفس، ثم إن كان الأول خطأ تتحمل العاقلة، وإن كان عمداً فدية النفس في ماله، وكل ذلك في ثلاث سنين وسواء كانت الشجة موضحة، أو هاشمة، أو منقلة، أو آمة، فالشجاج كلها في التداخل سواء؛ لأن المعنى لا يوجب الفصل، وسواء قلت الشجاج، أو كثرت بعد أن لا يجاوز أرشها الدية، حتى لو كانت آمتين، أو ثلاث أوام وذهب منها الشعر، أو العقل، يدخل أرشها في الشعر والعقل.

وإن كانت أربع أوام يدخل قدر الدية لا غير، ويجب فيها دية وثلث دية؛ لأن الكثير لا يتبع القليل فيما دون النفس.

وعلى قول زفر ـ رحمة الله عليه ـ ديتان وثلث دية؛ لأنه لا يرى التداخل في الشجاج أصلاً ورأساً.

ولو سقط بالموضحة بعض شعر رأسه ينظر إلى أرش الموضحة وإلى حكومة العدل في الشعر، فإن كانا سواء لا يجب إلا أرش الموضحة، وإن كان أحدهما أكثر يدخل الأقل في الأكثر أيهما كان؛ لأنهما يجبان لمعنى واحد [وهو ذهاب الشعر، فكان سبب وجوبهما واحداً][1] فيتداخل الجزء في الجملة.

ولو كانت الشجة في حاجة فسقط ولم ينبت يدخل أرش الموضحة في أرش الحاجب، وهو نصف الدية كما يدخل في أرش الشعر لما قلنا وهذه المسائل من الشجاج الخطأ، فأما إذا كانت الشجة عمداً فذهب منها العقل، أو الشعر، أو السمع، أو غيره ففيه خلاف ذكرناه فيما تقدم؛ والله تعالى ـ أعلم.

فصل فيما يَلْحَقُ بِمَسَائِلِ التَّداخل

وَبِما يلحق بمسائل التداخل ما إذا قطعت اليد وفيها أصبع واحدة، أو أُصبعان، أو ثلاث؛ أو أكثر من ذلك، أو أقل.

وجملة الكلام فيه أنه إذا قطع الكف وفيها ثلاث أصابع فصاعداً تجب دية الأصابع، ولا شيء في الكف في قولهم: جميعاً، لأن الكف تبع لجميع الأصابع، بدليل أنه إذا قطع الكف

(١) سقط من ط.

يجب عليه أرش الأصابع لا غير، ولا يجب لأجل الكف شيء، فإذا بقي أكثر الأصابع فللأكثر حكم الكل؛ وإن بقي من الكف أقل من ثلاث أصابع يجب أرش ما بقي منها، وإن كان مفصلاً واحداً، ولا يجب في الكف شيء وفي قول أبي حنيفة.

والأصل عند أبي حنيفة رحمه الله أنه إذا بقي من الأصابع شيءٌ له أرش معلوم ولو مِفْصلاً واحداً ـ دخل أرش اليد فيه، حتى لو لم يكن في الكف إلا ثلث مفصل من أصبع فيها ثلاث مفاصل فقطع إنسان الكف فعليه ثلث خمس دية اليد.

ولو كان فيها أصبع واحدة فعليه خمس دية اليد، ولو كان فيها أُصبعان فعليه خمسَا دية اليد، وفي قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى/ في الرواية المشهورة عنهما يدخل القليل في الكثير أيهما كان، فينظر إلى حكومة الكف وإلى أرش ما بقي من الأصابع، فيدخل أقلهما في أكثرهما أيهما كان، لأن القليل يتبع الكثير لا عكساً، فيدخل القليل في الكثير ولا يدخل الكثير في القليل.

٣/ ٥٩ب

وجه قول أبي حنيفة رحمه الله أن ما بقي من الأصابع أو من مفاصلها فهو أصل؛ لأن له أرشاً مقدراً، والكف ليس لها أرش مقدر وهي متصلة بالأصابع فيتبعها في أرشها، كما يتبع جميع الأصابع أو أكثرها.

ونظير هذا ما قالوا في القسامة: أنه ما بقي واحد من أهل المحلة فالقسامة عليهم لا على المشترين، وكذلك الوصية لولد فلان أنه ما بقي له ولد من صلبه، وإن كان واحداً لا يدخل ولد الولد في الوصية.

وقال أبو يوسف: إذا قطع كفاً لا أصابع فيها فعليه حكومة لا يبلغ بها أرش أصبع؛ لأن الواحدة يتبعها الكف في قول أبي حنيفة رحمه الله، والتبع لا يساوي المتبوع في الأرش، ولو قطع اليد مع الذراع من المفصل خطأ ففي الكف مع الأصابع الدية وفي الذراع حكومة العدل في قولهما. وقال أبو يوسف تجب دية اليد والذراع تبع وهو قول ابن أبي ليلى رحمه الله، واحتجا بقوله عليه الصلاة والسلام: «**وَفِي اليَدَيْنِ الدِّيَةُ وَفِي إِحْدَاهُمَا نِصْفُ الدِّيَةِ**» واليد عبارة عن العضو المخصوص من رؤوس الأصابع إلى المنكب، ولأن ما ليس له أرش مقدر إذا اتصل بما له أرش مقدر يتبعه في الأرش كالكف مع الأصابع.

وجه قولهما: إن الدية إنما تجب في الأصابع، والكف تابعة للأصابع، بدليل أنه إذا أفرد الأصابع بالقطع يجب نصف الدية، ولو قطعها مع الكف لا يجب إلا نصف الدية أيضاً، فلو جعل الذراع تَبَعاً لكان لا يخلو إما أن يجعل تبعاً للأصابع، وإما أن يجعل تبعاً للكف، لا سبيل إلى الأول، لأن بينهما عضو فاصل وهو الكف فلا يكون تبعاً لها، ولا وجه للثاني؛ لأن الكف تابعة في نفسها فلا تستتبع غيرها.

وعلى هذا الخلاف إذا قطع اليد من المنكب والرجل من الورك، أو قطع اليد من العضد والرجل من الفخذ، والأصل عند أبي حنيفة ومحمد ـ عليهما الرحمة ـ أن أصابع اليد لا يتبعها إلا الكف، فلا يدخل في أرشها غير أرش الكف. وكذلك أصابع الرجل لا يتبعها غير القدم، فلا يدخل في أرشها غير أرش القدم، والأصل عند أبي يوسف وابن أبي ليلى أن ما فوق الكف من اليد تبع، وكذا ما فوق القدم من الرجل تبع، فيدخل أرش التبع في المتبوع كما يدخل أرش الكف في الأصابع.

وأما الجراح ففي الجائفة ثلث الدية لما روي عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال: **«فِي الجَائِفَة ثُلُثُ الدِّيَةِ»**[1] فإن نفذت إلى الجانب الآخر فهما جائفتان وفيهما ثلثا الدية.

وقد روي عن سيدنا أبي بكر الصديق أنه حكم في جائفة نفذت إلى الجانب الآخر بثلثي الدية، وكان ذلك بمحضر من الصحابة الكرام، ولم ينقل أنه خالفه في ذلك أحد منهم فيكون إجماعاً.

وعلى هذا يخرج ما إذا رمى امرأةً بحجر فأصاب فرجها فأفضاها به، بأن جعل موضع البول والغائط واحداً، وهي تستمسك البول، أن عليه ثلث الدية؛ لأن هذا في معنى الجائفة.

وجملة الكلام أن المفضاة لا يخلو إما إن كانت أجنبية وإما إن كانت زوجته، والإفضاء لا يخلو إما أن يكون بالآلة وإما أن يكون بالحجر أو بالخشب أو الأصبع وما يجري مجراه، فإن كانت أجنبية والإفضاء بالآلة، فإن كانت مطاوعة ولم يوجد دعوى الشبهة لا من الرجل ولا من المرأة فعليهما الحد لوجود الزنا منهما ولا مهر على الرجل، لأن العقر مع الحد لا يجتمعان، ولا أرش لها بالإفضاء، سواء كانت تستمسك البول أو لا تستمسك؛ لأن التلف تولد من فعل مأذون فيه من قبلها فلا يجب به الضمان، كما لو أذنت بقطع يدها فقطعت لا ضمان على القاطع، كذا هذا.

وإن كان الرجل يدعي الشبهة سقط عنه الحد وعنها أيضاً وعلى الزوج العقر؛ لأن الوطء

---

(١) تقدم أيضاً في حديث عمرو بن حزم قوله «في الجائفة ثلث الدية».
روى البزار في مسنده كما في الكشف (٢/٢٠٧) رقم (١٥٣١) عن ابن أبي ليلى وهو محمد بن عبد الرحمن بن أبي ليلى عن عكرمة بن خالد عن أبي بكر بن عبيد الله بن عمر عن أبيه عن عمر قال: قال رسول الله ﷺ: في الأنف إذا استوعب جدعه الدية وفي العين خمسون... وفي الجائفة ثلث النفس... الحديث».
ورواه البيهقي في الكبرى (٨/ ٨٦) كتاب الديات، باب دية العينين من طريق أخرى عن عمر.
وفيه: «وفي الجائفة ثلث النفس».
وضعفه الحافظ في التلخيص (٤/ ٥٢).

لا يخلو من إيجاب حد أو غرامة ولا أرش لها بالإفضاء لما ذكرنا، وإن كانت مستكرهة، فإن لم يدع الرجل الشبهة فعليه الحد لوجود الزنا منه ولا حد عليها لعدم الزنا منها، ولا عقر على الرجل لوجوب الحد عليه، والحد مع العقر لا يجتمعان وعلى الرجل الأرش بالإفضاء لعدم الرضا منها بذلك، ثم إن كانت تستمسك البول ففيه ثلث الدية؛ لأنه جائفة، وإن كانت لا تستمسك البول ففيه كمال الدية لوجود إتلاف العضو بتفويت منفعة الحبس، وإن كان الرجل يدعي الشبهة سقط الحد عنه للشبهة، وعنها أيضاً لوجود الإكراه، ولها الأرش بالإفضاء لما ذكرنا، ثم إن كانت تستمسك البول فلها ثلث الدية؛ لأنها جائفة وكمال المهر، وإن كانت لا تستمسك فلها الدية ولا مهر لها/ في قولهما؛ وعند محمد رحمه الله لها المهر والدية. ٣/ ١٦٠أ

وجه قوله إن سبب وجوب المهر والدية مختلف، لأن المهر يجب بإتلاف المنفعة، والدية تجب بإتلاف العضو، فلا يدخل أحدهما في الآخر؛ ولهذا لم يدخل المهر في ثلث الدية فيما إذا كانت تستمسك البول حتى وجب عليه كمال المهر مع ثلث الدية؛ كذا هذا.

ولهما أن سبب الوجود متحد؛ لأن الدية تجب بإتلاف هذا العضو والعقر يجب بإتلاف منافع البضع، ومنافع البضع ملحقة بأجزاء البضع، فكان سبب وجوبهما واحداً، فكان المهر عوضاً عن جزء من البضع، وضمان الجزء والكل إذا وجدا لسبب واحد يدخل ضمان الجزء في ضمان الكل، كالأب إذا استولد جارية ابنه أنه لا يلزمه العقر ويدخل في قيمة الجارية لما قلنا، كذا هذا.

وأما وجوب كمال المهر مع ثلث الدية حالة الاستمساك فعلى رواية الحسن عن أبي حنيفة رضي الله عنهما لا يجمع بينهما بل الأقل يدخل في الأكثر كما يدخل أرش الموضحة في دية الشعر، فكانت المسألة ممنوعة، ولئن سلمنا على ظاهر الرواية فلا يلزم، لأن المنافي لضمان الجزء هو ضمان كل العين، وثلث الدية ضمان الجزء، وضمان الجزء لا يمنع ضمان جزء واحد.

هذا إذا كان الإفضاء بالآلة فأما إذا كان بغيرها من الحجر ونحوه فالجواب في هذا الفصل في جميع وجوهه كالجواب في الفصل الأول في الوفاق؛ والخلاف والجمع بين الضمانين وعدم الجمع، إلا أن الأرش في هذا الفصل يجب في ماله، وفي الفصل الأول تتحمله العاقلة؛ لأن الإفضاء بالآلة يكون في معنى الخطأ وبغيرها يكون عمداً.

وقال بعض مشايخنا: لا وجه لإيجاب المهر في هذا الفصل، لأن وجوبه متعلق بقضاء الشهوة ولم يوجد، وقال بعضهم: يجب ويلحق غير الآلة بالآلة تعظيماً لأمر الأبضاع، كما ألحق الإيلاج بدون الإنزال بالإيلاج مع الإنزال في وجوب الحد وغيره من الأحكام مع قيام شبهة القصور في قضاء الشهوة تفخيماً لشأن الفروج، والله سبحانه وتعالى أعلم.

هذا إذا كانت المرأة أجنبية، فأما إذا كانت زوجته فأفضاها فلا شيء عليه، سواء كانت تستمسك البول أو لا تستمسك في قولهما، وقال أبو يوسف: إن كانت لا تستمسك البول فعليه الدية في ماله، وإن كانت تستمسك فعليه ثلث الدية في ماله، وجه قوله: إنه مأذون في الوطء، لا في الإفضاء فكان متعديًا في الإفضاء فكان مضموناً عليه.

ولهما أن الوطء مأذون فيه شرعاً فالمتولد منه لا يكون مضموناً كالبكارة، ولو وطىء زوجته فماتت فلا شيء عليه في قولهما، وقال أبو يوسف على عاقلة الدية، وجه قوله على نحو ما ذكرنا في الإفضاء أنه مأذون في الوطء لا في القتل وهذا قتل فكان مضموناً عليه، إلا أن ضمان هذا على العاقلة وضمان الإفضاء في ماله، لأن الإفضاء لا يكون إلا بالمجاوزة عن المعتاد، فكان عمداً فكان الواجب به في ماله فأما القتل فغير مقصود بهذا الفعل في معنى الخطأ فتتحمله العاقلة وأما وجه قولهما فعلى نحو ما ذكرنا في الإفضاء.

ولو وطئها فكسر فخذها ضمن في قولهم جميعاً، لأَن الكسر لا يتولد من الوطء المأذون فيه، بل هو فعل مبتدأ فكان فعلاً تعدياً محضاً، فكان مضموناً عليه، والله سبحانه وتعالى أعلم.

وأما سائر جراح البدن إذا برئت وبقي لها أثر، ففيها حكومة العدل، وإن لم يبق لها أثر فلا شيء فيها في قول أبي حنيفة رضي الله عنه على ما بينا في الشجة، وإن مات [منها][1] فالجراحة لا تخلو إما إن كانت من واحد وإما إن كانت من عدد، فإن كانت من واحد ففيها القصاص إن كانت عمداً والدية إن كانت خطأ. وإن كانت من عدد فالجراحة المجتمعة من أعداد، إما إن كانت كلها مضمونة، وإما إن كان بعضها مضموناً والبعض غير مضمون، فإن كان الكل مضموناً بأن جرحه رجل جراحة وجرحه آخر جراحة أخرى خطأ فمات من ذلك كله كانت الدية عليهما نصفين، وسواء جرحه أحدهما جراحة واحدة والآخر جرحه جراحتين أو أكثر، لا ينظر إلى عدد الجراحات، وإنما ينظر إلى الجارح؛ لأن الإنسان قد يموت من جراحة واحدة ويسلم من عشرة، وقد يموت من عشرة ويسلم من واحدة، حتى لو جرحه أحدهما جراحة واحدة والآخر عشر جراحات، فمات من ذلك كانت الدية بينهما نصفين لما قلنا، وكذلك إذا جرحه رجل جراحة واحدة وجرحه آخر جراحتين وآخر ثلاثاً، فمات من ذلك كله ـ كانت الدية بينهم أثلاثاً لما قلنا، وعلى هذا يخرج ما إذا جرحه رجل جراحة واحدة، وجرحه آخر عشر جراحات، فعفا المجروح للجارح عن جراحة واحدة من العشر. وما يحدث منها، ثم مات من ذلك أن على صاحب الجراحة الواحدة نصف الدية وعلى صاحب العشرة الربع،

---

(١) سقط من ط.

ويسقط/ الرابع، لأنه لما سقط اعتبار عدد الجراحات كانت الجراحة الواحدة كالعشر في الضمان، ثم لما عفا عن واحدة من الجراحات العشر انقسمت العشر فيتغير حكمها، فصار لتسعة منها الربع وللواحدة الربع فسقط بالعفو عن الواحدة من العشرة الربع وبقي الربع تبعاً للتسعة. ٣/ ٦٠ب

وإن كان البعض مضموناً والبعض غير مضمون، ينقسم الضمان فيسقط بقدر ما ليس بمضمون، ويبقى بقدر المضمون.

وعلى هذا يخرج ما إذا جرح رجلاً جراحة، وجرحه سبع، فمات من ذلك أن على الرجل نصف الدية ونصفها هدر؛ لأنه مات بجراحتين إحداهما مضمونة، والأخرى ليست بمضمونة، فانقسم الضمان فسقط بقدر غير المضمون، وبقي بقدر المضمون، وكذلك لو جرحه الرجل جراحتين والسبع جراحة واحدة، أو جرحه السبع جراحتين والرجل جراحة واحدة فمات من ذلك، أنه يجب على الرجل نصف الدية، ويهدر النصف؛ لأنه لا عبرة لكثرة الجراحة لما بينا، وكذلك لو جرحه رجل جراحة وعقره سبع ونهشته حية وخرج به خراج وأصابه حجر رمت به الريح فمات من ذلك، فعلى الرجل نصف الدية ويهدر النصف.

والأصل أنه يجعل الجراحات التي ليس لها حكم يلزم أحداً كجراحة واحدة، ويصير كأنه مات من جراحتين: إحداهما مضمونة، والأخرى غير مضمونة فيلزم الرجل نصف الدية ويبطل نصفها، سواء كثر عدد الهدر أو قل هو كجراحة واحدة؛ لأن الهدر له حكم واحد فصار كجراحات الرجل الواحد أنها في الحكم كجراحة واحدة، كذا هذا.

وكذلك لو جرحه رجل جراحة وجرحه آخر جراحة أخرى ثم انضم إلى ذلك شيء مما ذكرنا، أنه لا حكم له يلزم فاعله، فإن على كل رجل ثلث الدية ويهدر الثلث لما ذكرنا أن الهدر من الجراحات، وإن كثر فهو كجراحة واحدة، وكل واحدة من جراحتي الرجلين مضمونة فقد مات من ثلاث جراحات جراحتان منها مضمونتان وجراحة هدر، فتقسم الدية أثلاثاً، فيسقط قدر ما ليس بمضمون وهو الثلث، ويبقى قدر المضمون وهو الثلثان، فإن كان لبعض الجناة جنايات مختلفة الأحكام فإنه يقسم ما يخصه على جناياته بعد ما قسم عدد الجناية على أحكام الجنايات، وذلك نحو رجل أمر رجلاً أن يقطع يده لعلة بها، ثم إن المأمور جرح الآمر جراحة أخرى بغير أمره ثم جرحه رجلان آخران كل واحد منهما جراحة، ثم عقره سبع، ثم نهشته حية وخرج به خراج فمات من ذلك كله، تقسم الدية أرباعاً؛ لأن الموت حصل من أربع جنايات، لأن الهدر من الجنايات لها حكم جناية واحدة وجراحتا المأمور وإن اختلف حكمهما فإنهما حصلا من رجل واحد، فلا يثبت لهما في حق شركائه إلا حكم جناية واحدة فثبت أن الموت حصل من أربع جنايات فكانت قسمة الدية أرباعاً؛ هدر الربع منها، وبقيت ثلاثة أرباع

تقسم على الجنايات الثلاثة، فيكون على كل واحد منهم الربع، ثم ما أصاب المأمور بالقطع تقسم حصته وهي الربع على جراحتيه، فإحداهما مضمونة وهي التي فعلها بغير أمر المجروح، والأخرى غير مضمونة وهي التي فعلها بأمره وهي القطع، فيسقط بقدر ما ليس بمضمون وهو نصف الربع وهو الثمن، وبقي قدر ما هو مضمون وهو نصف الربع الآخر وهو الثمن الآخر، والله سبحانه وتعالى أعلم.

وَلَوْ أنَّ رجلاً أمر عشرة أن يضربوا عبده، أمر كلَّ واحدٍ منهم أن يضربه سوطاً، فضربه كلُّ واحدٍ منهم ما أمره، ثم ضربه رجل آخر لم يأمره سوطاً، فمات من ذلك كله، فعلى الذي لم يؤمر أرش السوط الذي ضربه من قيمته مضروباً عشرة أسواط، وعليه أيضاً جزءٌ من أحد عشر جزءاً من قيمته مضروباً أحد عشر سوطاً وإنما كان كذلك.

أما وجوب أرش السوط الذي ضربه، فلأنه نقصه بالضرب فيلزمه ضمان النقصان، وأما اعتبار قيمة العبد مضروباً عشرة أسواط ـ فلأنه ضربه بعد ما انتقص من ضرب العشرة، وذلك حصل من فعل غيره، فلا يكون عليه، وإنما عليه ضمان ما نقصه سوطه الحادي عشر من قيمته، لذلك اعتبرت قيمته وهو مضروب عشرة، فيقوّم وهو غير مضروب، ويقوم وهو مضروب عشرة أسواط، فيلزم الذي لم يؤمر بالضرب ذلك القدر.

وأما وجوب جزء من أحد عشر جزءاً من قيمته ـ فلأنه مات من أحد عشر سوطاً، كل سوط حصل ممن يتعلق بفعله حكم في الجملة، وهو الآدمي، فانقسم الضمان على عددهم، ثم ما أصاب العشرة سقط عنهم لحصوله بإذن المالك، وما أصاب الحادي عشر ضمنه الذي لم يؤمر بالضرب، لأنه ضرب بغير إذن المالك، وأما اعتبار تضمينه مضروباً بأحد عشر سوطاً، فلأن البعض الحاصل بضرب العشرة حصل بفعل غيره فلا يكون عليه ضمانه.

٣/ ١٦١أ

وأما السوط الحادي عشر ـ فلأنه قد/ ضمن نقصانه مرة فلا يضمنه ثانياً وإنما لم يدخل نقصان السوط فيما وجب عليه من القيمة، لأن كل واحد منهما ضمان الجزء وضمان الجزء إذا تعلق بسبب واحد لا يدخل أحدهما في الآخر بخلاف ما إذا ضربه واحد ومات من ذلك أنه يضمن القيمة دون النقصان؛ لأنه اجتمع هناك ضمان جزء وضمان كل، فيدخل ضمان الجزء في ضمان الكل؛ لاتحاد سبب الضمانين هذا إذا أمر المولى عشرة أن يضربه كل واحد منهم سوطاً، فإن كان المولى هو الذي ضربه عشرة أسواط بيده ثم ضربه أجنبي سوطاً ثم مات من ذلك كله فعلى الأجنبي ما نقصه السوط الحادي عشر من قيمته مضروباً بعشرة أسواط، وعليه أيضاً نصف قيمته مضروباً أحد عشر سوطاً.

أما وجوب ضمان نقصان السوط واعتبار قيمته مضروباً بعشرة أسواط فلما ذكرنا، وأما وجوب نصف قيمته؛ فلأنه مات من سوطين في الحاصل؛ لأن ضرب الأسواط العشرة من المولى بمنزلة جناية واحدة، لأنها حصلت من رجل واحد، والجنايات من واحد، وإن كثرت

فهي في حكم جناية واحدة، فصار كأنه مات من سوطين: سوط المولى وسوط الأجنبي وسوط المولى ليس بمضمون، وسوط الأجنبي مضمون فسقط نصف القيمة وثبت نصفها.

وأما اعتبار قيمته مضروباً أحد عشر سوطاً، وعدم دخول ضمان النقصان في ضمان القيمة فلما ذكرنا في المسألة المتقدمة.

رجل أمر غيره أن يجرحه جراحة واحدة، فجرحه عشر جراحات، وجرحه آخر جراحة أخرى واحدة بغير أمره، ثم عفا المجروح لصاحب العشرة عن واحدة من التسع التي كانت بغيرأمره، ثم مات المجروح من ذلك كله، فعلى صاحب الجراحة الواحدة نصف الدية، وعلى صاحب العشرة ثمن الدية؛ لأن نصف الدية على صاحب الجراحة الواحدة والنصف الآخر تعلق بصاحب العشرة واحدة منها، بأمر المجروح فصار عليه الربع ثم انقسم ذلك بالعفو فسقط نصفه وهو الثمن وبقي عليه الثمن، والله سبحانه وتعالى أعلم.

هذا إذا كان المجني عليه حرًّا ذكراً، فأما إذا كان أنثى حرة، فإنه يعتبر ما دون النفس منها بديتها كديتها قل أو كثر عند عامة العلماء وعامة الصحابة ـ رضي الله عنهم ـ، وعن ابن مسعود رضي الله عنه أنه قال: تعاقل المرأة الرجل فيما كان أرشه نصف عشر الدية، كالسن والموضحة أي ما كان أرشه هذا القدر، فالرجل والمرأة فيه سواء لا فضل للرجل على المرأة.

وعن سعيد بن المسيب أنه قال: تعاقل المرأة الرجل إلى ثلث ديتها أي أرش الرجل والمرأة إلى ثلث ديتها سواء، وهو مذهب أهل المدينة. ويروون أنه عليه الصلاة والسلام قال: **«تُعَاقِلُ المَرْأَةُ الرَّجُلَ إلى ثُلُثِ دِيتِهَا»**[1] وهذا نص لا يتحمل التأويل.

واحتج ابن مسعود ـ رضي الله عنه ـ بحديث الغرة «أنه عليه الصلاة والسلام قضى في الجنين بالغرة»، وهي نصف عشر الدية، ولم يفصل عليه الصلاة والسلام بين الذكر والأنثى، فيدل على استواء أرش الذكر والأنثى في هذا القدر، ولنا أنه ينصف بدل النفس بالإجماع وهو الدية، فكذا بدل ما دون النفس؛ لأن المنصف في الحالين واحد وهو الأنوثة، ولهذا ينصف ما زاد على الثلث، فكذا الثلث وما دونه، ولأن القول بما قاله أهل المدينة[2] يؤدي إلى القول بقلة الأرش عند كثرة الجناية وأنه غير معقول.

---

(١) رواه النسائي (٨/ ٤٤ ـ ٤٥) كتاب القسامة، باب عقل المرأة.
من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده.
قال الحافظ في التلخيص (٤/ ٤٩): وهو من رواية إسماعيل بن عياش عن ابن جريج» اهـ.
قلت: وإسماعيل بن عياش ضعيف في غير الشاميين وابن جريج هو عبد الملك بن عبد العزيز المكي ثقة لكنه كان يدلس وقد عنعن عن عمرو بن شعيب.

(٢) في أ: البصرة.

وإلى هذا أشار ربيعة بن عبد الرحمن المعروف بربيعة الرأي[١] رحمه الله، فإنه روي أنه سأل سعيد بن المسيب عن رجل قطع أصبع المرأة، فقال: فيها عشر من الإبل، قال: فإن قطع ثلاثة: قال: ففيها ثلاثون من الإبل. قال: فإن قطع أربعة؟ فقال: عشرون من الإبل، فقال ربيعة: لما كثرت جروحها وعظمت مصيبتها قل أرشها، فقال أعراقي[٢] أنت؟ قال: لا، بل جاهل متعلم، أو عالم متبين، فقال: هكذا السنة يا ابن أخي، وعنى به سنة زيد بن ثابت رضي الله عنه.

أشار ربيعة إلى ما ذكرنا من المعنى وقبله سعيد حيث لم يعترض عليه، وأحال الحكم إلى السنة.

وبهذا تبين أن روايتهم عنه عليه الصلاة والسلام لم تصح، إذ لو صحت لما اشتبه الحديث على مثل سعيد، ولا حال الحكم إلى قوله عليه الصلاة والسلام لا إلى سنة زيد رضي الله عنه، فدل أن الرواية لا تكاد تثبت عنه عليه السلام.

وأما حديث الغرة في الجنين فنقول بموجبه: إن الحكم في أرش الجنين لا يختلف بالذكورة والأنوثة، وإنما الكلام في أرش المولود، والحديث ساكت عن بيانه.

ثم نقول: احتمل أنه عليه الصلاة والسلام لم يفصل في الجنين بين الذكر والأنثى؛ لأن الحكم لا يختلف، ويحتمل أنه لم يفصل لتعذر الفصل لعدم استواء الخلقة فلا يكون حجة مع الاحتمال، هذا الذي ذكرنا إذا كان الجاني حرًا والمجني عليه حرًا، فأما إذا كان الجاني حرًا والمجني عليه عبداً ـ فالأصل فيه عند أبي حنيفة ـ رضي الله عنه ـ ما ذكرنا في الفصل المتقدم أن كل شيء من الحر فيه قدر من الدية، فمن العبد فيه ذلك القدر من قيمته، سواء كان فيما يقصد به المنفعة، أو الجمال والزينة في رواية عنه، وفي رواية فيما يقصد به الجمال والزينة يجب النقصان، وعندهما في جميع ذلك يجب النقصان، فيقوم العبد مجنيًا عليه ويقوم غير مجني عليه، فيغرم الجاني فضل ما بين القيمتين، وقد بينا وجه الروايتين عنه، ووجه قولهما في الفصل الأول.

---

(١) ربيعة بن أبي عبد الرحمن فرّوخ التيمي أبو عثمان المدني الفقيه المعروف بربيعة الرأي. عن أنس والسائب بن يزيد وابن المسيب. وعنه سليمان التيمي ويحيى بن سعيد القطان وسعيد والليث وخلق آخرهم أنس بن عياض. وثقه أحمد وابن سعد وابن حبان. قال سوّار بن عبد الله: ما رأيت أعلم من ربيعة. توفي سنة ست وثلاثين ومائة.
ينظر: الخلاصة ١/ ٣٢٢، طبقات خليفة ٢٦٨، تاريخ البخاري ٢/ ٢٨٦، تاريخ بغداد ٨/ ٤٢٠، ثقات ابن حبان ٣/ ٦٥، سير أعلام النبلاء ٦/ ٨٩.
في أ: أيماني.

(٢) سقط من ط.

فصـــــــل

وأما شرائط الوجوب فهو أن تكون الجِنَاية خطأ، إذا كانت الجناية فيما في عمدة القصاص، فإن كانت مما لا قصاص في عمده يستوي فيه الخطأ والعمد، وقد مر بيان الجنايات التي في عمدها القصاص، وما لا قصاص في عمدها.

فصل
في بَيَان الجناية التي تتحملها العاقلة وما لا تتحملها فيما دون النفس

وأما بيان الجناية التي تتحملها العاقلة والتي لا تتحملها فيما دون النفس فنقول: لا خلاف أنه إذا بلغ أرش الجناية فيما دون النفس من الأحرار نصف عشر الدية فصاعداً، وذلك خمسمائة في الذكور ومائتان وخمسون في الإناث تتحمله العاقلة، واختلف فيما دون ذلك في الرجل والمرأة، قال أصحابنا رحمهم تعالى: يكون في مال الجاني ولا تتحمله العاقلة، وقال الشافعيُّ ـ رحمه الله تعالى ـ العاقلة تتحمل القليل والكثير.

وجه قوله: إن التحمل من العاقلة لتفريط منهم في الحفظ والنصرة، وهذا المعنى لا يوجب الفصل بين القليل والكثير.

ولنا أن القياس يأبى التحمل؛ لأن الجناية حصلت من غيرهم، وإنما عرفنا ذلك بقضاء رسول الله ﷺ بأرش الجنين على العاقلة وهو الغرة وهي نصف عشر الدية فبقي الأمر فيما دون ذلك على أصل القياس، ولأن ما دون ذلك ليس له ارش مقدر بنفسه فأشبه ضمان الأموال فلا تتحمله العاقلة كما لا تتحمل ضمان المال، ولا يلزم على هذا أرش الأنملة فإن لها أرشاً مقدراً وهو ثلث دية الأصبع فينبغي أن تتحمله العاقلة؛ لأن الأنملة ليس لها أرش مقدر بنفسها، بل بالأصبع فكانت جزاً مما له أرش مقدر، وهو الأصبع فلا تتحمله العاقلة، ثم ما كان أرشه نصف عشر الدية إلى ثلث الدية يؤخذ من العاقلة في سنة واحدة استدلالاً بكمال الدية، فإن كل الدية تؤخذ من العاقلة في ثلاث سنين لإجماع الصحابة رضي الله عنهم على ذلك، فإن سيدنا عمر ـ رضي الله عنه ـ قضى بالدية على العاقلة في ثلاث سنين، ولم ينكر عليه أحد من الصحابة فيكون إجماعاً، فكل ما كان من الأرش قدر ثلث الدية يؤخذ في سنة واحدة، لأن في الدية الكاملة هكذا فإذا ازداد الأرش على ثلث الدية فقدر الثلث يؤخذ في سنة والزيادة في سنة أخرى لأن الزيادة على الثلث في كل الدية تؤخذ في السنة الثانية فكذلك إذا انفردت، فإن زاد على الثلثين فالثلثان في سنتين، وما زاد على ذلك في السنة [الثالثة][1] قياساً على كل الدية، والله تعالى أعلم.

---

(١) في أ: النفس.

وأما ما دون النفس من العبيد فلا تتحمله العاقلة بالإجماع، لأن ما دون النفس من العبيد له حكم الأموال لما ذكرنا فيما تقدم، ولهذا لا يجب فيه القصاص. وضمان المال لا تتحمله العاقلة، والله سبحانه وتعالى أعلم.

فصل

فيما يجب فيه الأرش غيرُ المقدر وهو المسمَّى بالحكومة

وأمَّا الذي يجب فيه أرش غير مقدر وهو المسمَّى بالحكومة، فالكلام فيه في مواضع: في بيان الجنايات التي تجب فيها الحكومة وفي تفسير الحكومة.

أما الأول: فالأصل فيه أن ما لا قصاص فيه من الجنايات على ما دون النفس وليس له أرش مقدر ففيه الحكومة؛ لأن الأصل في الجناية الواردة على محل معصوم اعتبارها بإيجاب الجابر أو الزاجر ما أمكن

إذا عرف هذا فنقول: في كسر العظام كلها حكومة عدل إلا السن[1] خاصة؛ لأن استيفاء القصاص بصفة المماثلة فيما سوى السن[2] متعذر، ولم يرد الشرع فيه بأرش مقدر فتجب الحكومة، وأمكن استيفاء المثل في السن؛ والشرع ورد فيها بأرش مقدر أيضاً فلم تجب فيها الحكومة.

وفي لسان الأخرس والعين القائمة الذاهب نورها، والسن السوداء القائمة، واليد الشلاء والرجل الشلاء، وذكر الخصي والعنين حكومة عدل؛ لأنه لا قصاص في هذه الأشياء، وليس فيها أرش مقدر أيضاً؛ لأن المقصود منها[3] المنفعة ولا منفعة فيها ولا زينة أيضاً؛ لأن العين القائمة الذاهب نورها لا جمال فيها عند من يعرفها، على أن المقصود من هذه الأشياء المنفعة ومعنى الزينة فيها تابع فلا يتقدر الأرش لأجله، وفي الأصبع والسن الزائدة حكومة عدل؛ لأنه لا قصاص فيها، وليس لها أرش مقدر أيضاً؛ لانعدام المنفعة والزينة، لكنها جزء من النفس وأجزاء النفس مضمونة مع عدم المنفعة والزينة لما ذكرنا.

٣/١٦٢أ وأما الصغير الذي لم يمش ولم يقعد ورجله ولسانه/ وأذنه وأنفه وعينه وذكره، ففي أنفه وأذنه كمال الدية، وكذلك في يديه ورجليه إذا كان يحركهما، وكذا في ذكره إذا كان يتحرك، وفي لسانه حكومة العدل لا الدية، وإن استهل ما لم يتكلم؛ لأن الاستهلال صياح.

وأما العينان فإن كان يستدل بشيء على بصرهما ففيهما مثل عين الكبير، وإنما كان كذلك.

---

(١) في أ: النفس.

(٢) في ط: ها هنا.

(٣) في أ: حيًا.

أما الأنف والأذن فلأن المقصود منهما الجمال لا المنفعة وذلك يوجد في الصغير بكماله كما يوجد في الكبير، وأما الأعضاء التي يقصد بها المنفعة فلا يجب فيها أرش كامل حتى يعلم صحتها بما ذكرنا، فإذا علم ذلك فقد وجد تفويت منفعة الجنس في كل واحد من ذلك فيجب فيه أرش كامل، فإذا لم يعلم يقع الشك في وجود سبب وجوب كمال الأرش فلا يجب بالشك، ولا يقال: إن الأصل هو الصحة، والآفة عارض، فكانت الصحة ثابتة ظاهراً؛ لأنا لا نسلم هذا الأصل في الصغير بل الأصل فيه عدم الصحة والسلامة، لأنه كان نطفة وعلقة ومضغة فما لم يعلم صحة العضو فهو على الأصل، على أن هذا الأصل متعارض؛ لأن براءة ذمة الجاني أصل أيضاً فتعارض الأصلان، فسقط الاحتجاج بالأصل على الصحة، على أن الصحة إن كانت ثابتة ظاهراً بحكم الأصل؛ لأن الظاهر حجة الدفع لا حجة الاستحقاق، كحياة المفقود أنها تصلح لدفع الإرث لا لاستحقاقه وفي الظفر إذا نبت لا شيء فيه في قول أبي حنيفة رضي الله عنه، لأنه عادت المنفعة والزينة، وإن مات ففيه حكومة عدل؛ لأنه لا قصاص فيه ولا له أرش مقدر، وكذا إذا نبت على عيب ففيه حكومة عدل دون ذلك؛ لأن النابت عوض عن الذاهب فكأن الأول قائم ودخله عيب، وكذلك قال أبو يوسف رحمه الله: إذا نبت أسودان فيه حكومة لما أصاب من الألم بالجراحة الأولى بناء على أصله أن الألم مضمون.

وفي ثدي الرجل حكومة العدل؛ لأنه لا قصاص فيه ولا أرش مقدر؛ لأنه لا منفعة فيه ولا جمال، فتجب الحكومة فيهما، وفي أحدهما نصف ذلك الحكم وفي حلمة ثدييه حكم عدل دون ما في ثدييه لما قلنا.

وثدي المرأة تبع للحلمة حتى لو قطع الحلمة ثم الثدي، فإن كان قبل البرىء لا يجب إلا نصف الدية، وإن كان بعد البرء يجب نصف الدية في الحلمة والحكومة في الثدي؛ لأن منفعة الثدي الرضاع وذلك يبطل بقطع الحلمة، وكذلك الأنف مع المارن، حتى لو قطع المارن دون الأنف تجب الدية. ولو قطع مع المارن لا تجب إلا دية واحدة.

ولو قطع المارن ثم الأنف، فإن كان قبل البرء تجب دية واحدة، وإن كان بعد البرء ففي المارن الدية وفي الأنف الحكومة، وكذلك الجفن مع الأشفار حتى لو قطع الشفر بدون الجفن يجب الأرش المقدر، ولو قطع الجفن معه لا يجب ذلك الأرش كالكف مع الأصابع.

ولو قطع الشفر ثم الجفن فإن كان قبل البرء فكذلك وإن كان بعد البرء يجب في الشفر أرشه وفي الجفن الحكومة، لأنه قطع الشفر وهو كامل المنفعة وقطع الجفن وهو ناقص المنفعة فلا يجب إلا الأرش الناقص وهو الحكومة، ولو قطع أنفاً مقطوع الأرنبة ففيه حكومة العدل؛ لأن المقصود من الأنف الجمال، وقد نقص جماله بقطع الأرنبة فينتقص أرشه، وكذلك إذا قطع كفاً مقطوعة الأصابع، لأن المقصود من الكف البطش، وأنه لا يحصل بدون الأصابع،

وكذلك إذا قطع ذكراً مقطوع الحشفة؛ لأن منفعة الذكر تزول بزوالها، فلا يمكن إيجاب أرش مقدر ولا قصاص فيه ـ فتجب الحكومة.

ولو قطع الذكر والأنثيين، فإن قطعهما معاً بأن قطعهما من جانب عرضاً يجب ديتان؛ لأنه فوت منفعة الجماع بقطع الذكر ومنفعة الإنزال بقطع الأنثيين، فقد وجد تفويت منفعة الجنس في قطع كل واحد منهما، فيجب في كل واحد منهما دية كاملة.

وإن قطع أحدهما بعد الآخر بأن قطعهما طولاً. فإن قطع الذكر أو لا تجب ديتان أيضاً، دية بقطع الذكر لوجود تفويت منفعة الجماع ودية بقطع الأنثيين؛ لأن بقطع الذكر لا تنقطع منفعة الأنثيين وهو الإنزال، لأن الإنزال يتحقق مع عدم الذكر.

وإن بدأ بقطع الأنثيين ثم الذكر، ففي الأنثيين الدية، وفي الذكر حكومة العدل؛ لأن منفعة الأنثيين كانت كاملة وقت قطعهما، ومنفعة الذكر تفوت بقطع الأنثيين إذ لا يتحقق الإنزال بعد قطع الأنثيين فنقص أرشه، ولو حلق رأس رجل فنبت أبيض فلا شيء فيه في قول أبي حنيفة رضي الله عنه.

وقال أبو يوسف: فيه حكومة عدل. وإن كان عبداً ففيه ما نقص، وجه قوله: إن المقصود من الشعر الزينة، والزينة معتبرة في الأحرار، ولا زينة في الشعر الأبيض، فلا يقوم الثابت مقام الفائت.

وجه قول أبي حنيفة: أن الشيب في الأحرار ليس بعيب، بل هو جمال وكمال فلا يجب به أرش، بخلاف العبيد فإن الشيب فيهم عيب ما ألا/ ترى أنه ينقص الثمن فكان مضموناً على الجاني، وفيما دون المُوضِحَة من الشجاج حكومة عدل، وكذا روي عن سيدنا عمر بن عبد العزيز ـ رحمه الله تعالى ـ أنه قال: ما دون المُوضِحَة خدوش فيها حكم عدل، وكذلك روي عن إبراهيم النخعي رحمه الله تعالى، ولأنه لا قصاص فيه والشرع ما ورد فيه بأرش مقدر فتجب فيه الحكومة، والخلاف الذي ذكرنا في المتلاحمة بين أبي يوسف ومحمد رحمهما الله لا يرجع إلى المعنى بل إلى الاسم؛ لأن أبا يوسف لا يمنع أن تكون الشجة التي قبل الباضعة أقل منها أرشاً ـ وكذلك محمد لا يمنع أن تكون أرش الشجة التي ذهبت في اللحم أكثر مما ذهبت البَاضِعَة زائداً على أرش الباضِعة فكان الاختلاف بينهما في العبارة، وفيما سوى الجائفة من الجراحات التي في البدن إذا اندملت ولم يبق لها أثر ـ لا شيء فيها عند أبي حنيفة، وعند أبي يوسف ـ رحمهما الله ـ فيه أرش الألم، وعند محمد رحمه الله أجرة الطبيب، وقد مرت المسألة، وإن بقي لها أثر ففيها حكومة عدل، وكذا في شعر سائر البدن إذا لم ينبت حكومة عدل، وإن نبت لا شيء فيه، والله سبحانه وتعالى أعلم.

٣/٦٢ب

وأما تفسير الحكومة: فإن كان الجاني والمجني عليه عبداً يقوّم العبد مجنيًا عليه وغير مجني عليه، فيجب نقصان ما بين القيمتين بلا خلاف، وإن كان الجاني والمجني عليه حرًا ـ فقد ذكر الطحاوي ـ رحمه الله ـ أنه يقوم المجني عليه لو كان عبداً ولا جناية به، ويقوم وبه الجناية فينظر كم بين القيمتين فعليه القدر من الدية.

وقال الكرخي رحمه الله: تقرب هذه الجناية إلى أقرب الجنايات التي لها أرش مقدر، فينظر ذوا عدل من أطباء الجراحات كم مقدار هذه ههنا في قلة الجراحات وكثرتها بالحرز والظن، فيأخذ القاضي بقولهما ويحكم من الأرش بمقداره من أرش الجراحة المقدرة.

وجه ما ذكره الطحاوي رحمه الله أن القيمة في العبد كالدية في الحر فيقدر العبد حرًا فما أوجب نقصاً في العبد يعتبر به الحر، وكان الكرخي ـ رحمه الله ـ ينكر هذا القول، ويقول هذا يؤدي إلى أمر فظيع وهو أن يجب في قليل الشجاج أكثر مما يجب في كثيرها لجواز أن يكون نقصان شجة السمحاق في العبد أكثر من نصف عشر قيمته، فلو أوجبنا مثل ذلك من دية الحر لأوجبنا في السمحاق أكثر مما يوجب في الموضحة، وهذا لا يصح، والله سبحانه وتعالى أعلم.

فصل في الجناية على الجنين

وأما الجناية على ما هو نفس من وجه دون وجه وهو الجنين بأن ضرب على بطن حامل فألقت جنيناً فيتعلق بها أحكام، وجملة الكلام فيه أن الجنين لا يخلو إما أن يكون حرًا بأن كانت أمة حرة أو أمة علقت من مولاها أو من مغرور، وإما أن يكون رقيقاً، ولا يخلو إما إن ألقته ميتاً وإما إن ألقته حيًا فإن كان حراً وألقته ميتاً ففيه الغرة، والكلام في الغرة في مواضع: في بيان وجوبها، وفي تفسيرها وتقديرها، وفي بيان من تجب عليه، وفي بيان من تجب له، أما الأول فالغرة واجبة استحساناً، والقياس أن لا شيء على الضارب؛ لأنه يحتمل أن يكون حيًا وقت الضرب ويحتمل أنه لم يكن بأن لم تخلق فيه الحياة بعد فلا يجب الضمان بالشك، ولهذا لا يجب في جنين البهيمة شيء إلا نقصان البهيمة كذا هذا، إلا أنهم تركوا القياس بالسنة، وهو ما روي عن مغيرة بن شعبة رضي الله عنه أنه قال: «كنت بين جاريتين فضربت إحداهما الأخرى بمسطح، فألقت جنيناً ميتاً وماتت، فقضى رسول الله ﷺ على عاقلة الضاربة بالديّة، وبغرة الجنين.

وروي أن سيدنا عمر ـ رضي الله عنه ـ اختصم إليه في إملاص[1] المرأة الجنين، فقال

(١) إملاص: إلقاء وإسقاط.

سيدنا عمر - رضي الله عنه -: «أنشدكم الله تعالى، هل سمعتم من رسول الله ﷺ في ذلك شيئاً؟ فقام المغيرة - رضي الله عنه - فقال: «كُنْتُ بَيْنَ جَارِيَتَيْنِ. . .» وذكر الخبر، وَقَال فيه: فَقَامَ عَمُّ الجنين فَقَالَ: إنه أشعر وقام وَالِد الضَارِبة، فقال: كَيْفَ نَدِى مَنْ لاَ صَاحَ ولا اسْتَهَلَّ وَلا شَرِبَ وَلاَ أَكَلَ ودَمٌ مِثْلُ ذَلِكَ بطلُ، فقال عليه الصلاة والسلام: «**أَسَجْعٌ كَسَجْعِ الكُهَّانِ؟**»[1] وروي: «كَسَجْعِ الأَعْرَابِ» وفيه غُرَّةُ: «عَبْدٌ أَوْ أَمَةٌ» فقال سيدنا عمر رضي الله عنه: «مَنْ شَهِدَ مَعَكَ بِهَذَا؟ فقام محمد بن سلمة فشهد، فقال سيدنا عمر رضي الله عنه: كدنا أن نقضيَ فيها برأينا وفيها سنةٌ عن رسول الله ﷺ.

وروىٰ هذه القصة أيضاً حمل بن مالك بن النابغة؛ ولأن الجنين إن كان حيًّا فقد فوت الضارب حياته، وتفويت الحياة قتل، وإن لم يكن حيًّا فقد منع من حدوث الحياة فيه فيضمن كالمغرور لما منع من حدوث الرق في الولد وجب الضمان عليه، وسواء استبان خلقه أو بعض خلقه، لأنه عليه الصلاة والسلام قضىٰ بالغرة ولم يستفسر، فدل أن الحكم لا يختلف، وإن لم يستبن شيء من خلقه فلا شيء فيه؛ لأنه ليس بجنين إنما هو مضغة، وسواء كان ذكراً أو أنثى لما قلنا، ولأن عند عدم استواء الخلقة يتعذر الفصل بين الذكر والأنثى، فسقط اعتبار الذكورة والأنوثة فيه.

٣/١٦٣أ وأما تفسير الغرة/ فالغرة في اللغة عبد أو أمة؛ كذا قال أبو عبيد من أهل اللغة، وكذا فسرها رسول الله ﷺ في الحديث الذي رويناه. فقال عليه الصلاة والسلام: «**فيه غُرَّةٌ: عَبْدٌ أو أمةٌ**»[2]، فسر الغرة بالعبدِ والأمةِ. وروي أنه عليه الصلاة والسلام: «**قَضَىٰ فِي الجَنِينِ بِغُرَّةٍ عَبْدٍ أَوْ أَمَةٍ أَوْ خَمسْمِائَةٍ**» وهذه الرواية خرجت تفسيراً للرواية الأولى، فصارت الغرة في عرف الشرع اسماً لعبد أو أمة يعدل خمسمائة أو بخمسمائة، وهذه الرواية خرجت تفسيراً للرواية الأولى.

ثم تقدير الغرة بالخمسمائة مذهبُ أصحابنا رحمهم الله تعالى، وعند الشافعي رحمه الله مقدرة بستمائة، وهذا فرع أصل ما ذكرناه فيما تقدم، لأنهم اتفقوا على أن الواجب نصف عشر الدية، لكنهم اختلفوا في الدية، فالدية من الدراهم عندنا مقدرة بعشرة آلاف، فكان نصف عشرها خمسمائة، وعنده مقدر باثني عشر ألفاً فكان نصف عشرها ستمائة، ثم ابتدأ الدليل على

---

(١) رواه النسائي (٨/ ٥١) كتاب القسامة، باب صفة شبه العمد وعلى من دية الأجنة وشبه العمد.
أخبرنا أحمد بن عثمان بن حكيم قال: حدثنا عمرو عن أسباط عن سماك عن عكرمة عن ابن عباس.
وورد معناه في حديث أبي هريرة وقد تقدم.
في أ: القضية.
(٢) جزء من حديث أبي هريرة الذي تقدم تخريجه في الحديث السابق.

صحة مذهبنا أن في بعض الروايات أنه عليه الصلاة والسلام «قضى في الجنين بغرة عبد أو أمة أو خمسمائة» وهذا نص في الباب.

وأما بيان من تجبُ عليه الغرة، فالغرة تجب على العاقلة لما روينا من الحديث أنه عليه الصلاة والسلام: «**قَضَىٰ عَلَىٰ عَاقِلَةِ الضاربة بالدية وبغرة الجنين**»، وروي أن عاقلة الضاربة قالوا: أندى من لا صاح ولا استهل ولا شرب ولا أكل ودم مثل هذا بطل! وهذا يدل على أن القضاء بالدية كان عليهم حيث أضافوا الدية إلى أنفسهم على وجه الإنكار، ولأنها بدل نفس فكانت على العاقلة كالدية.

وأما من تجب له فهي ميراث بين ورثة الجنين على فرائض الله تبارك وتعالى عند عامة العلماء، وقال مالك رحمه الله: إنها لا تورث، وهي للأم خاصة.

وجه قوله: إن الجنين في حكم جزء من أجزاء الأم، فكانت الجناية على الأم، فكان الأرش لها كسائر أجزائها.

ولنا أن الغرة بدل نفس الجنين، وبدل النفس يكون ميراثاً كالدية، والدليل على أنها بدل نفس الجنين لا بدل جزء من أجزاء الأم أن الواجب في جنين أم الولد ما هو الواجب في جنين الحرة، ولا خلاف في أن جنين أم الولد جزء، ولو كان في حكم عضو من أعضاء الأم لكان جزءاً من الأم حرًا وبقية أجزائها أمةً، وهذا لا يجوز.

والدليل عليه أنه عليه الصلاة والسلام قضى بدية الأم على العاقلة وبغرة الجنين، ولو كان فنى معنى أجزاء الأم ـ لما أفرد الجنين بحكم، بل دخلت الغرة في دية الأمة، كما إذا قطعت يد الأم فماتت أنه تدخل دية اليد في النفس، وكذا لما أنكرت عاقلة الضاربة حمل الدية إياهم، فقالت: أندى من لا صاح ولا استهل ولا شرب ولا أكل ومثل دمه بطل! لم يقل لهم النبي عليه الصلاة والسلام: إني أوجبت ذلك بجناية الضاربة على المرأة لا بجنايتها على الجنين، ولو كان وجوب الأرش فيه لكونه جزءاً من أجزاء الأم لرفع إنكارهم بما قلنا. فدل أن الغرة وجبت بالجناية على الجنين لا بالجناية على الأم، فكانت معتبرة بنفسه لا بالأم، ولا يرث الضارب من الغرة شيئاً؛ لأنه قاتل بغير حق، والقتل بغير حق من أسباب حرمان الميراث، ولا كفارة على الضارب؛ لأنه عليه الصلاة والسلام لما قضى بالغرة على الضاربة لم يذكر الكفارة، مع أن الحال حال الحاجة إلى البيان، ولو كانت واجبةً لبيّنها، ولأن وجوبها متعلق بالقتل وأوصاف أخرى لم يعرف وجودها في الجنين من الإيمان والكفر حقيقةً أو حكماً، قال الله تعالى: ﴿وَمَن قَتَلَ مُؤْمِناً خَطَأً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ﴾ [النساء:٩٢] وقال تبارك وتعالى: ﴿وَإِن كَانَ مِن قَوْمٍ بَيْنَكُمْ وَبَيْنَهُم مِّيثَاقٌ﴾ [النساء:٩٢] أي كان المقتول ولم يعرف قتله، لأنه لم تعرف حياته، وكذا إيّمانه وكفره حقيقةً وحكماً.

أما الحقيقة فلا شك في انتفائها؛ لأن الإيمان والكفر لا يتحققان من الجنين، وكذلك حكماً؛ لأن ذلك بواسطة الحياة ولم تعرف حياته، ولأن الكفارة من باب المقادير والمقادير لا تعرف بالرأي والاجتهاد، بل بالتوقيف[١] وهو الكتاب العزيز والسنة والإجماع، ولم يوجد في الجنين الذي ألقى ميتاً شيء من ذلك فلا تجب فيه الكفارة، ولأن وجوبها متعلق بالنفس المطلقة، والجنين نفس من وجه دون وجه، بدليل أنه لا يجب فيه كمال الدية، مع ما أن الضرب لو وقع قتل نفس لكان قتلاً تسببيًا لا مباشرة، والقتل تسببيًا لا يوجب الكفارة كحفر البئر ونحو ذلك.

• وذكر محمد رحمه الله وقال: ولا كفارة على الضارب وإن سقط كامل الخلق ميتاً إلا أن يشاء ذلك فهو أفضل، وليس ذلك عليه عندنا واجب، وليتقرب إلى الله تبارك وتعالى بما يشاء إن استطاع، ويستغفر الله سبحانه وتعالى مما صنع، وهذا قول أبي يوسف رحمه الله وقولنا، كذا ذكر محمد رحمه الله؛ لأنه ارتكب محظوراً فندب إلى أن يتقرب بالكفارة لمحوه.

هذا إذا ألقته ميتاً، فإما إذا ألقته حيًا فمات، ففيه الدية كاملة لا يرث الضارب منها شيئاً وعليه الكفارة، أمّا/ حرمان الميراث فلما قلنا، وأمّا وجوب الدية والكفارة؛ فلأنه لما خرج حيًا فمات علم أنه كان حيًا وقت الضرب، فحصل الضرب قتل النفس، وأنه في معنى الخطأ، فتجب فيه الدية والكفارة، هذا إذا ألقت جنيناً واحداً، فأما إذا ألقت جنينين، فإن كانا ميتين، ففي كل واحد منهما غرة وإن كانا حيين ثم ماتا، ففي كل واحد منهما دية لوجود سبب وجوب كل واحدة منهما وهو الإتلاف، إلا أنه أتلفهما بضربة واحدة، ومن أتلف شخصين بضربة واحدة يجب عليه ضمان كل واحد منهما، كما لو أفرد كل واحد منهما بالضرب كما في الكسرين[٢].

٣/٦٣ب

فإن ألقتْ أحدهما ميتاً والآخر حيًا، ثم مات ـ فعليه في الميت الغرة وفي الحمى الدية؛ لوجود سبب وجوب الغرة في الجنين الميت، والدية في الجنين الحي، فيستوي فيه الجمع في الإتلاف والإفراد فيه، فإن ماتت الأم من الضربة وخرج الجنين بعد ذلك حيًا ثم مات ـ فعليه ديتان: دية في الأم ودية في الجنين؛ لوجود سبب وجوبهما وهو قتل شخصين، فإن خرج بعد موتها ميتاً فعليه دية الأم، ولا شيء عليه في الجنين.

وقال الشافعي رحمه الله: يجب عليه في الجنين الغرة.

وجه قوله إنه أتلفهما جميعاً؛ فيؤاخذ بضمان كل واحد منهما، كما لو خرج الجنين ميتاً ثم ماتت الأم.

---

(١) في ط: الكبيرين.

ولنا أن القياس يأبى كون الجنين مضموناً أصلاً لما بينا من احتمال عدم الحياة، وازداد ههنا احتمال آخر: وهو أنه يحتمل أنه مات بالضرب، ويحتمل أنه مات بموت الأم، وإنما عرفنا الضمان فيه بالنص، والنص ورد بالضمان في حال مخصوصة وهي ما إذا خرج ميتاً قبل موت الأم، فسقط اعتبار أحدِ الاحتمالين، فيتعين الثاني في نفي وجوب الضمان في غير هذه الحالة.

هذا إذا كان الجنين حرًا، فأما إذا كان رقيقاً، فإن خرج [ميتاً][1] ففيه ـ نصف عشر قيمته إن كان ذكراً، وعشر قيمته إن كان أنثىٰ.

وروي عن أبي يوسف أن في جنين الأمة ما نقص الأم، وقال الشافعي رحمه الله فيه عشر قيمة الأم، أما الكلام مع أبي يوسف رحمه الله فبناء على أصل ذكرناه فيما تقدم، وهو أن ضمان الجناية الواردة على العبد ضمان النفس أم ضمان المال؟ فعلى أصلهما ضمان النفس، حتى قالا: إنه لا تزاد قيمته على دية الحر بل تنقص منها[2]، وكذا تتحمله العاقلة، وعلى أصل أبي يوسف رحمه الله ضمانها ضمان المال، حتى قال: تبلغ قيمته بالغة ما بلغت ولا تتحمله العاقلة، فصار جنينها كجنين البهيمة، وهناك لا يجب إلا نقصان الأم، كذا ههنا.

وأما الكلام مع الشافعي ـ رحمه الله ـ فبناء على أن الجنين معتبر بنفسه أم بأمه؛ وقد ذكرنا الدلائل على أنه معتبر بنفسه لا بأمه فيما تقدم، والدليل عليه أيضاً أن ضمان جنين الحرة موروث عنه على فرائض الله عز وجل، ولو كان معتبراً بأمه لسلم لها كما يسلم لها أرش عضوها.

وإذا ثبت أن الجنين معتبر بنفسه، وأن الواجب فيه ضمان، فهذا الاعتبار يوجب أن يكون في جنين الأمة إذا كان رقيقاً نصف عشر قيمته إن كان ذكراً، وعشر قيمته إن كان أنثى؛ لأن الواجب في الجنين الحر خمسمائة، ذكراً كان أو أنثىٰ، وهي نصف عشر دية الذكر وعشر دية الأنثى، والقيمة في الرقيق كالدية في الحر فيلزم أن يكون في الجنين الرقيق نصف عشر قيمته إن كان ذكراً اعتباراً بالحر وعشر قيمته إن كان أنثى اعتباراً بالحرة، وإن خرج حياً ثم مات قيمته لما قلنا في الجنين الحر.

فإن ألقت جنينين ميتين أو جنينين حيين ثم ماتا ففي كل واحد منهما حالة الاجتماع ما فيه حالة الانفراد لما ذكرنا في الجنين الحر. فإن ألقت أحدهما ميتاً والآخر حياً ثم مات ففي كل واحد منهما ما هو ضمانه حالة الانفراد لما مر فإن ماتت الأم من الضرب وخرج الجنين بعد

---

(١) سقط من ط.

(٢) في ط: ها هنا.

ذلك حياً ثم مات فعليه قيمتان قيمة في الأم وقيمة في الجنين. وإن خرج الجنين ميتاً بعد موت الأم فعليه في الأم القيمة ولا شيء عليه في الجنين لما ذكرنا.

والأصل إن في كل موضع يجب في الجنين الحر الغرة ففي الرقيق نصف عشر قيمته إن كان ذكراً وعشر قيمته إن كان أنثى، وكل موضع يجب في المضروبة إذا كانت حرة الدية ففي الأمة القيمة وفي كل موضع لا يجب في الجنين هناك شيء لا يجب هنا شيء أيضاً لما ذكرنا في جانب الحر من غير تفاوت إلا أن الواجب في جنين الأمة يكون في مال الضارب يؤخذ منه حالاً ولا تتحمله العاقلة، والواجب في جنين الحرة يكون على العاقلة، لأن تحمل العاقلة ثبت بخلاف القياس بالنص، والنص ورد بالتحمل في الغرة في جنين الحرة فبقي الحكم في جنين الأمة على أصل القياس. والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب.

كتاب الخنثى(١)

الكلام فيه يقع في مواضع: في تفسير الخنثى.

وفي بيان ما يعرف به أنه ذكر، أو أنثى.

وفي بيان حكم الخنثى المشكل.

أما الأول ـ فالخنثى: من له آلة الرجال والنساء، والشخص الواحد لا يكون ذكراً، وأنثى حقيقة؛ فإما أن يكون ذكراً، وإما أن يكون أنثى.

فصل

وأما بيان ما يعرف به أنه ذكر، أو أنثى ـ فإنما يعرف ذلك بالعلامة، وعلامة الذكورة بعد البلوغ نبات اللحية، وإمكان الوصول إلى النساء، وعلامة الأنوثة في الكبر نهود ثديين؛ كثدي المرأة، ونزول اللبن في ثدييه، والحيض، والحبل، وإمكان الوصول إليها من فرجها؛ لأن كل واحد مما ذكرنا يختص بالذكورة، والأنوثة؛ فكانت علامة صالحة للفصل بين الذكر والأنثى.

---

(١) الخنثى لغة: وزن فعلى مشتق من الخنث بمعنى اللين والتكسر تقول: خنث السقاء خنثا ثنى فاه على البشرة التي عليها الشعر، وأخرج أدمته الباطنة فشرب منه. وقيل: مأخوذ من قولهم: خنث الطعام اشتبه أمره، فلم يخلص طعمه المقصود منه وشارك طعم غيره.

والخنثى من الآدميين: من له من الرجال والنساء جميعاً.

وفي الحيوان: فرد تتكون فيه أمشاج الذكورة والأنوثة.

وفي النبات: الزهرة التي تحمل أعضاء الذكورة والأنوثة وتجمع على خناثى كحبلى وحبالى.

الخنثى اصطلاحاً: آدمي له آلة ذكر وآلة امرأة، وقيل: يوجد نوع منه ليس له واحدة منهما، وله ثقب يبول منه.

وجمع بعضهم فقال: الخنثى هو الذي له ذكر وفرج، أو ثقب في مكان الفرج يخرج منه البول والغائط.

ويمكن أن يقال: هو من لم تتضح ذكورته أو أنوثته مطلقاً.

ينظر: مذاهب أهل العلم في ميراث الخنثى ص (٦).

وأما العلامة في حالة الصغر - فالمبال؛ لقوله عليه الصلاة والسلام: «**الْخُنْثَىٰ مِنْ حَيْثُ يَبُولُ**»(١) فإن كان يبول من مبال الذكور - فهو ذكر، وإن كان يبول من مبال النساء - فهو أنثى، وإن كان يبول منهما جميعاً - يحكم السبق؛ لأن سبق البول من أحدهما يدل على أنه هو المخرج الأصلي، وأن الخروج من الآخر بطريق الانحراف عنه. وإن كان لا يسبق أحدهما الآخر؛ فتوقف أبو حنيفة - رضي الله عنه - وقال: هو خنثى مشكل. وهذا من كمال فقه أبي حنيفة - رضي الله عنه - لأن التوقف عند عدم الدليل واجب.

وقال أبو يوسف، ومحمد: تحكم الكثرة؛ لأنها في الدلالة على المخرج الأصلي؛ كالسبق؛ فيجوز تحكيمه. وجه قول أبي حنيفة - عليه الرحمة - أن كثرة البول وقلته؛ لسعة المحل وضيقه؛ فلا يصلح للفصل بين الذكورة والأنوثة؛ بخلاف السبق. وَحُكي أنه لما بلغ أبا حنيفة قول أبي يوسف في تحكيم الكثرة - لم يرض به، وقال: وهل رأيت حاكماً يزن البول؟ فإن استويا - توقفاً أيضاً، وقالا: هو خنثى مشكل - والله سبحانه وتعالى أعلم.

فصل

وأما حكم الخنثى المشكل - فله في الشرع أحكام: حكم الختان، وحكم الغسل بعد الموت، وحكم الميراث، ونحو ذلك من الأحكام.

أما حكم الختان - فلا يجوز للرجل أن يختنه؛ لاحتمال أنه أنثى، ولا يحل له النظر إلى عورتها، ولا يحل لامرأة أجنبية أن تختنه؛ لاحتمال أنه رجل؛ فلا يحل لها النظر إلى عورته؛ فيجب الاحتياط في ذلك، وذلك أن يشتري له من ماله جارية تختنه؛ إن كان له مال؛ لأنه إن كان أنثى - فالأنثى تختتن بالأنثى عند الحاجة، وإن كان ذكراً - فتختنه أمته؛ لأنه يباح لها النظر إلى فرج مولاها. وإن لم يكن له مال - يشتري له الإمام من مال بيت المال جارية ختانة؛ فإذا ختنته - باعها، ورد ثمنها إلى بيت المال؛ لأن الختان من سنة الإسلام، وهذا من مصالح المسلمين؛ فيقام من بيت مالهم عند الحاجة والضرورة، ثم تباع، ويرد ثمنها إلى بيت المال؛ لاندفاع الحاجة والضرورة.

وقيل: يزوجه الإمام امرأة ختانة؛ لأنه إن كان ذكراً - فللمرأة أن تختن زوجها، وإن كان أنثى - فالمرأة تختن المرأة عند الحاجة.

وأما حكم غسله بعد الموت - فلا يحل للرجل أن يغسله؛ لاحتمال أن يكون أنثى، ولا

(١) أخرجه البيهقي في «السنن الكبرى» (٦/ ٢٦١).

يحل للمرأة أن تغسله؛ لاحتمال أنه ذكر، ولكنه ييمم، كان الميمم رجلاً، أو امرأة، غير أنه إن كان ذا رحم محرم منه ـ يممه من غير خرقة، وإن كان أجنبياً ـ يممه بالخرقة، ويكف بصره عن ذراعيه.

وأما حكم الوقوف في الصفوف في الصلاة ـ فإنه يقف بعد صف الرجال والصبيان قبل صف النساء؛ احتياطاً على ما ذكرنا في «كتاب الصلاة».

وأما حكم إمامته في الصلاة أيضاً ـ فقد مرّ؛ فلا يؤم الرجال؛ لاحتمال أنه أنثى ويؤم النساء.

وأما حكم وضع الجنائز على الترتيب ـ فتقدم جنازته على جنازة النساء، وتؤخر عن جنازة الرجال والصبيان على ما مر في كتاب الصلاة؛ لجواز أنه ذكر؛ فيسلك مسلك الاحتياط في ذلك كله، وأما حكم الغنائم ـ فلا يعطى سهماً، ولكن يرضخ له؛ كأنه امرأة؛ لأن في استحقاق الزيادة شكّ؟ فلا يثبت بالشك، وأما حكم الميراث ـ فقد اختلف العلماء فيه[1]: قال

---

(١) الخنثى: إما مشكل وإما غير مشكل:
فالثاني هو من اتضحت ذكورته أو أنوثته ففي الميراث يعطى حكم الذكور إذا اتضحت ذكورته وحكم الإناث إذا اتضحت أنوثته. وسئل رسول الله ﷺ عن ميراث الخنثى فقال: ـ «يورث من حيث يبول».
لأن مكان البول تعرف به ذكورته أو أنوثته.
وأما الشكل فهو من لم تعرف ذكورته أو أنوثته.
وحاصل القول في ميراثه: ـ أن تقسم التركة بين الورثة وبينه على تقدير ارثهم بأن يعطى كل أقل النصيبين أي نصيب الذكر بتقديره ذكرا ونصيب الأنثى بتقديره أنثى ـ ويوقف الباقي إلى الاتضاح أو الصلح بتساو أو تفاضل.
فإن كان كل من المشكل وغيره لا يرث في أحد التقديرين فلا يعطى شيئاً وكذا إذا كان أحدهما لا يرث في أحد التقديرين فلا يعطى شيئاً أيضاً فإن ورث في الحالتين بالتساوي كولد أمٍّ فأمره واضح لأن له السدس على كل حال.
أما إذا كان يرث الخنثى أو أحد الورثة في حالة دون حالة أو في كلتي الحالتين مع تفاضل لإحداهما عن الأخرى فيوقف نصيبه في الأولى أو الباقي في الثانية كما سبق.
مثال ما إذا كان في المسألة تفاضل.
ابن خنثى مع ابن واضح. فمسألة الذكورة من اثنين، ومسألة الأنوثة من ثلاثة وبينهما تباين. فنضرب إحداهما في الأخرى يحصل ستة وهي الجامعة للمسألتين. فإذا قسمتها على مسألة الذكورة خرج لكل سهم ثلاثة: «وهي جزء سهم مسألة الذكورة». وإذا قسمتها على مسألة الأنوثة يخرج للواضح أربعة أسهم وللمشكل بتقدير أنوثته اثنان «وجزء السهم فيها اثنان» بتقدير الواضح اثنيين: ثم نضرب نصيب كل من الورثة من كل من المسألتين في جزء سهمها فيعلم نصيبه بتقدير الذكورة والأنوثة فنعطيه أقل النصيبين فللواضح في مسألة الذكورة: واحد في ثلاثة بثلاثة وله في مسألة الأنوثة اثنان في اثنين بأربعة فيعطى ثلاثة =

أصحابنا ـ رحمهم الله ـ يعطى له أقل الأنصباء، وهو نصيب الأنثى، إلا أن يكون أسوأ أحواله أن يجعل ذكراً؛ فحينئذٍ يجعل ذكراً حكماً.

وبيان هذا في مسائل: إذا مات رجل، وترك ابناً معروفاً، وولداً خنثى؛ فعند أصحابنا ـ رحمهم الله تعالى ـ يقسم المال بينهم أثلاثاً: للابن المعروف الثلثان، وللخنثى الثلث، ويجعل الخنثى ههنا أنثى كأنه ترك ابناً وبنتاً.

ولو ترك ولداً خنثى، وعصبة ـ فالنصف للخنثى، والباقي للعصبة، ويجعل الخنثى أنثى كأنه ترك بنتاً وعصبة.

ولو ترك أختاً لأب وأم، وخنثى لأب وعصبة ـ فللأخت للأب والأم النصف، والخنثى لأب السدس؛ تكملة الثلثين، والباقي للعصبة، ويجعل الخنثى أيضاً ههنا أنثى؛ كأنه ترك أختاً لأب، وأم، وأختاً لأب، وعصبة؛ فإن تركت زوجاً، وأختاً لأب وأم، وخنثى لأب ـ فللزوج النصف، وللأخت للأب والأم النصف، ولا شيء للخنثى، ويُجعل ههنا ذكراً؛ لأن هذا أسوأ أحواله؛ لأنا لو جعلناه أنثى ـ لأصاب السدس، وتعول الفريضة، ولو جعلناه ذكراً ـ لا يصيب شيئاً؛ كأنها تركت زوجاً، وأختاً لأب وأم، وأخاً لأب. وهذا الذي ذكرنا قول أصحابنا ـ رحمهم الله تعالى.

= لأنها أقل النصيبين وللخنثى في مسألة الذكورة واحد في ثلاثة بثلاثة ومن مسألة الأنوثة واحد في اثنين باثنين فيعطى اثنين لأنهما ما أقل النصيبين فيصير الوقوف واحداً. فإذا تبينت ذكورة الخنثى أخنث وإن تبينت أنوثته أخذه الواضح.

مثال آخر.

زوج. وأم. وولدي أم. وخنثى الأب.

للزوج النصف عائلاً. وللأم السدس كذلك ولولد الأم الثلث عائلاً ويوقف النصِف عائلاً حتى يتضح فإن ظهرت أنوثته أخذ النصف الموقوف وإن اتضحت ذكورته فلا شيء له ويأخذ كل نصيبه بلا عدل.

ومسألتهم من ستة وتعول إلى تسعة للزوج النصف عائلاً ثلاثة وللأم السدس واحد ولولدي الأم الثلث اثنان. وتوقف الثلاثة فإذا اتضحت أنوثته أخذ الثلاثة. وإن ظهرت ذكورته فلا.

هذا هو المعتمد من مذهب الشافعية. ومذهب الحنفية يعامل الخنثى وحث بالآخر فإن كان بتقديره ذكراً لا يستحق شيئاً لا يعطى شيئاً وإن كان بتقديره أنثى لا يستحق شيئاً لا يعطى شيئاً. ولا يوقف شيء بل يعطى لباقي الورثة فإن ظهر ما يقتضي خلاف الآخر نقض الحكم الأول كما هو مقتضى القواعد ومذهب المالكية أن للمشكل نصف نصيبه ذكر وأنثى إن ورث بهما متفاضلاً وإن ورث بأحد التقديرين فقط فله نصف نصيبه وإن ورث بهما متساوياً فيأخذ نصيباً كاملاً وهو نصف مجموع النصيبين.

ومذهب الحنابلة إن لم يرجى إيضاحه فكالمالكية، وإن رُجي اتضاحه فكالشافعية يقال كل من الخنثى والورثة بالأضر.

ينظر: المواريث لشيخنا وهبة إبراهيم.

وقال الشعبي ـ رحمه الله ـ: يعطى نصف ميراث الذكر، ونصف ميراث الأنثى؛ لأنه يحتمل أن يكون ذكراً، ويحتمل أن يكون أنثى؛ فيعطى له نصف ميراث الرجال، ونصف ميراث النساء.

والصحيح قول أصحابنا ـ رحمهم الله تعالى ـ لأن الأقل ثابت بيقين، وفي الأكثر شك؛ لأنه إن كان ذكراً ـ فله الأكثر، وإن كان أنثى ـ فلها الأقل؛ فكان استحقاق الأقل ثابتاً بيقين، وفي استحقاق الأكثر شك؛ فلا يثبت الاستحقاق مع الشكِّ على الأصل المعهوَد في غير الثابت بيقين أنه لا يثبت بالشك؛ ولأن سبب استحقاق كل المال ثابت للابن المعروف، وهو ذكر فيه. وإنما ينتقص حقّه بمزاحمة الآخر؛ فإذا احتمل أنه ذكر، واحتمل أنه أنثى ـ وقع الشك في سقوط حقه عن الزيادة على الثلث؛ فلا يسقط بالشك على الأصل المعهود في الثابت بيقين أنه لا يسقط بالشك.

واختلف أبو يوسف، ومحمد ـ رحمهما الله ـ في تفسير قول الشعبي ـ رحمه الله ـ وتخريجه؛ فيما إذا ترك ابناً معروفاً، وولدًا خنثى؛ فقال أبو يوسف ـ على قياس قوله ـ: يقسم المال على سبعة؛ أربعة أسهم منها للابن المعروف، وثلاثة للخنثى وقال محمد ـ رحمه الله تعالى ـ على قياس قوله: يقسم المال على اثني عشر سهماً؛ سبعة منها للابن المعروف، وخمسة للخنثى.

وجه تفسير محمد، وتخريجه لقول الشعبي أن للخنثى في حال سهماً، وهو أن يكون ذكراً، وللابن المعروف سهم، وله في حال ثلثا سهم، وهو أن يكون أنثى، وللابن المعروف سهم وثلث سهم؛ فيعطى نصف ما يستحقه في حالين؛ لأنه لا يستحق على حالة واحدة من الذكورة والأنوثة؛ لاستحالة أن يكون الشخص الواحد ذكراً، وأنثى، وليست إحدى الحالتين أولى من الأخرى؛ فيعطى نصف ما يستحقه في الحالين، وهو خمسة أسداس سهم، وانكسر الحساب بالأسداس؛ فيصير كل سهم ستة؛ فيصير جميع المال أثنا عشر سهماً، للخنثى منها خمسة، وللابن المعروف سبعة.

أو يقال: إذا جعلنا جميع المال اثني عشر سهماً ـ فالخنثى يستحق ـ في حال ستة من اثني عشر؛ وهي: أن يكون ذكراً، وفي حال أربعة من اثنى عشر؛ وهي أن يكون أنثى؛ فالأربعة ثابتة بيقين، وسهمان يثبتان في حال، ولا يثبتان في حال، وليست إحدى الحالتين أولى من الأخرى، فينصف، وذلك سهم؛ فذلك خمسة أسهم للخنثى، وأما الابن المعروف ـ فالستة من الاثني عشر ثابتة بيقين، وسهمان يثبتان في حال، ولا يثبتان في حال، فينصف، وذلك سهم؛ فذلك سبعة أسهم للابن المعروف ـ والله سبحانه وتعالى أعلم.

وجه قول أبي يوسف وتخريجه لقول الشعبي: إنه يحتمل أن يكون ذكراً، ويحتمل أن

يكون أنثى؛ فإن كان ذكر ـ فله نصيب ابن، وهو سهم، وللابن المعروف سهم، وإن كان أنثى ـ فله نصيب بنت، وهو: نصف سهم، وللابن المعروف سهم؛ فله في حال سهم تام، وفي حال نصف سهم، وإنما يستحق على حالة واحدة، وليست إحداهما بأولى من الأخرى؛ فيعطى نصف ما يستحقه في حالين، وذلك ثلاثة أرباع سهم، وللابن المعروف سهم تام؛ فيكون الميراث بينهما على سبعة أسهم؛ للابن المعروف أربعة، وللخنثى ثلاثة ـ والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب.

ووجدت في «شرح مسائل المجرد» المنسوب إلى الإمام إسماعيل[1] بن عبد الله البيهقي ـ رضي الله عنه ـ الذي اختصر «المبسوط» و«الجامعين» و«الزيادات» في مجلدة واحدة، وشرحه بكتاب، لقبه «الشامل» باباً في الخنثى؛ فأحببت أن ألحقه بهذا الفصل؛ وهو: ليس من أصل الشيخ، وهو باب الخنثى.

قال ابن عباس ـ رضي الله تعالى عنهما ـ عن رسول الله ـ ﷺ ـ: «**يُوَرَّثُ الخُنْثى مِنْ حَيْثُ يَبُولُ**» وهو مذهبنا.

الخنثى المشكل معتبر بالنساء في حق بعض الأحكام، إذا كان الاحتياط في الإلحاق بهن، وبالرجال إذا كان الاحتياط فيه؛ فحكمه في الصلاة حكم المرأة في القعود والستر، وفي الوقوف بجنب الرجال في إفساد صلاة الرجل، ويقوم خلف الرجال، وقدام النساء، ولا يلبس الحرير إلحاقاً بالرجال، وفي القصاص فيما دون النفس مثل المرأة.

ولو مات يمم بالصعيد، ولا يغسله رجل، ولا امرأة، ويسجى قبره، ويدخل قبره ذو رحم محرم منه؛ فإن قبله رجل بشهوة لم يتزوج بأمه.

ولو زوجه أبوه امرأة يؤجل ـ كالعنين ـ سنة، ولا حد على قاذفه؛ اعتباراً بالمجبوب والرتقاء، وفي الكل يعتبر الاحتياط.

ولو قال: كل عبد لي حر، وقال: كل أمة لم يعتق للخنثى المشكل؛ لأن الملك ثابت، فلا يزول بالشك. ولو قال القولين جميعاً ـ عتق؛ لما عرف.

وقوله: أنا ذكر، أو أنثى لا يقبل؛ لأنه متهم، ويشتري امرأة بأن يشتري له أمة من ماله

---

(١) إسماعيل بن الحسين بن عبد الله، أبو القاسم، البيهقي، كان إماماً جليلاً، عارفاً بالفقه صنّف في المذهب كتاباً، «الشامل» جمع فيه مسائل وفتاوى، يتضمن كتاب «المبسوط» و«الزيادات» وهو كتاب معلل، وله كتاب سماه «الكفاية» مختصر شرح «القدوري» لـ«مختصر أبي الحسن الكرخي».
ينظر: الجواهر المضيئة ١/ ٣٩٨ ـ ٣٩٩، الطبقات السنية برقم ٤٩٢.

للخدمة؛ فإن لم يكن له مال ـ فمن بيت المال؛ لأنه من مصالح أهل الإسلام.

مات وأقام رجل البينة أنها كانت امرأته، وكانت تبول من مبال النساء، وامرأة أنه كان زوجها، وكان يبول من مبال الرجال ـ لم يقض لأحدهما إلا إن ذكرت إحدى البينتين وقتاً أقدم؛ فيقضى له، وفي حبسه في الدعاوى، ولا يفرض له في الديوان؛ لأنه حق الرجل المقاتل؛ فإن شهد القتال يرضخ له؛ لأن الرضخ نوع إعانة، وإن أسر لم يقتل؛ ولا يدخل في قسامه، ولا تؤخذ منه الجزية؛ لأن هذا من أحكام الرجال.

أوصى رجل لما في بطن فلانة بألف درهم؛ إن كان غلاماً، وبخمسمائة؛ إن كانت جارية، وكان مشكلاً ـ لم يزد على خمسمائة عند أبي حنيفة ـ عليه الرحمة ـ وعندهما ـ رحمهما الله ـ له نصف الألف والخمسمائة. قال: وخروج اللحية دليل أنه رجل، والثدي على مثال ثدي المرأة مع عدم اللحية، والحيض دليل كونه امرأة.

زوّج خنثى من خنثى مشكلان على أن أحدهما رجل، والآخر امرأة ـ صح الوقف في النكاح حتى تتبين؛ فإن ماتا قبل البيان ـ لم يتوارثا؛ لما مر.

شهد شهود على خنثى أنه غلام، وشهود أنه جارية، والمطلوب ميراث ـ قضيت بشهادة الغلام؛ لأنها أكثر إثباتاً؛ فإن كان المدعي مهراً ـ قضيت بكونها جارية، وإن كان المقيم لا يطلب شيئاً ـ لم أسمع البينة ـ والله سبحانه وتعالى أعلم.

كتاب الوصايا[1]

الكلام في هذا الكتاب يقع في مواضع:

في بيان جواز الوصية.

وفي بيان ركن الوصية.

وفي بيان معنى الوصية.

وفي بيان شرائط ركن الوصية.

وفي بيان صفة عقد الوصية. وفي بيان حكم الوصية.

وفي بيان ما تبطل به الوصية.

أما الأول ـ فالقياس يأبى جواز الوصية؛ لأنها تمليك مضاف إلى ما بعد الموت، والموت مزيل للملك، فتقع الإضافة إلى زمان زوال الملك، فلا يتصور وقوعه تمليكاً؛ فلا يصح، إلا أنهم استحسنوا جوازها بالكتاب العزيز، والسنة الكريمة، والإجماع.

---

(١) الوصايا لغة: جمع وصية، قال ابن القطاع: «يقال: وصَّيْتُ إليه وِصَايَةً وَوَصِيَّةً، وَوَصَّيْتُهُ وَأَوْصَيْتُهُ، وأَوْصَيْتُ إليه، وَوَصَّيْتُ الشيء بالشيء وَصْياً: وَصَلْتُهُ.

قال الأزهري: وسُميت الوصية وصيةً؛ لأن الميت لما أوصى بها، وصَلَ ما كان فيه من أيام حياته بما بعده من أيام مماته، يُقَالُ: وصّى وأوصَى بمعنى، ويقال: وصى الرجل أيضاً، والاسم: الوصَيَّةُ والوَصاةُ.

انظر: المصباح المنير ٢/ ٦٦٢، الصحاح ٦/ ٢٥٢٥، والمغرب ٢/ ٣٥٧، لسان العرب: ٦/ ٤٨٥٣.

اصطلاحاً:

عرفها الحنفيةُ بأنها: تمليكٌ مضاف إلى ما بعد الموت، بطريق التبرُّع.

عرفها الشافعية بأنها: تبرُّع بحقّ مضاف، ولو تقديراً لما بعد الموت.

عرفها المالكية بأنها: عَقْدٌ يوجب حقّاً في ثلث عاقده يلزم بموته، أو نيابة عنه بعده.

عرفها الحنابلةُ بأنها: الأمر بالتصرُّف بعد الموت.

انظر: شرح فتح القدير ٨/ ٤١٦، مغني المحتاج ٣/ ٣٩، شرح فتح الجليل ٤/ ٦٤٢، كشاف القناع ٤/ ٣٣٥.

أما الكتاب العزيز ـ فقوله ـ تبارك وتعالى ـ في آية المواريث: ﴿يُوصِيكُمُ اللهُ فِي أَوْلَادِكُمْ﴾ [النساء: ١١] إلى قوله ـ جلت عظمته ـ ﴿مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ﴾ [النساء: ١١] ويوصي بها، أو دين، ويوصين بها، أو دين، وتوصون بها، أو دين. شرع الميراث مرتباً على الوصية، فدل أن الوصية جائزة، وقوله سبحانه وتعالى: ﴿يا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا، شَهَادَةُ بَيْنِكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ حِينَ الْوَصِيَّةِ اثْنَانِ ذَوَا عَدْلٍ مِنْكُمْ أَوْ آخَرَانِ مِنْ غَيْرِكُمْ إِنْ أَنْتُمْ ضَرَبْتُمْ فِي الْأَرْضِ﴾ [المائدة: ١٠٦] ندبنا ـ سبحانه وتعالى ـ إلى الإشهاد على حال الوصية، فدل أنها مشروعة.

وأما السنة ـ فما روي أن سعد بن أبي وقاص ـ رضي الله عنه ـ وهو سعد بن مالك كان مريضاً، فعاده رسول الله ﷺ، فقال: يا رسول الله، أوصي بِجَمِيعِ مَالي؟ فَقَالَ لا، فَقَالَ: بِثُلُثَيْ مَالي؟ قَالَ: لاَ. قَالَ: فَبِنِصْفِ مَالِي؟ قَالَ: لاَ، قَالَ: فَبِثُلُثِ مَالِي؟ فَقَالَ عَلَيْهِ الصَّلاَةُ وَالسَّلاَمُ: الثُّلُثُ وَالثُّلُثِ كَثِيرٌ، إِنَّكَ إِنْ تَدَعَ وَرَثَتَكَ أَغْنِيَاءَ خَيْرٌ مِنْ أَنْ تَدَعَهُمْ عَالَةً يَتَكَفَّفُونَ النَّاسَ[1] وروى فقراء يتكففون الناس، فقد جوز رسول الله ـ ﷺ ـ الوصية بالثلث.

---

(١) أخرجه مالك (٢/ ٧٦٣) كتاب الوصية: باب الوصية في الثلث حديث (٤) والبخاري (٣/ ١٦٤) كتاب الجنائز: باب رثاء النبي ﷺ سعد حديث (١٢٩٥) ومسلم (٣/ ١٢٥٠) كتاب الوصية: باب الوصية بالثلث حديث (٥/ ١٦٢٨) وأبو داود (٣/ ٢٤٨) كتاب الوصايا: باب ما لا يجوز للموصى في ماله حديث (٢٨٦٤) والترمذي (٤/ ٤٣٠) كتاب الوصايا باب الوصية بالثلث حديث (٢١١٦) والنسائي (٦/ ٢٤١ ـ ٢٤٢) كتاب الوصايا: باب الوصية بالثلث وابن ماجه (٢/ ٩٠٣) كتاب الوصايا: باب الوصية بالثلث حديث (٢٧٠٨) وأحمد (١/ ١٧٩) والدارمي (٢/ ٤٠٧) كتاب الوصايا: باب الوصية بالثلث وأبو داود الطيالسي (١/ ٢٨٢ ـ منحة) رقم (١٤٣٣). وعبد الرزاق (٩/ ٦٤) رقم (١٦٣٥٧). والحميدي (١/ ٣٦) رقم (٦٦).

وابن الجارود (٩٤٧) ومحمد بن نصر المروزي في «السنة» (ص ـ ٧٢) رقم (٢٤٨) وأبو يعلى (٢/ ٩٢) رقم (٤٧) وابن حبان (٤٢٣٥، ٥٩٩٤، ٧٢١٧ ـ الإحسان) والطحاوي في «شرح معاني الآثار (٤/ ٣٧٩) والبيهقي (٦/ ٢٦٨) والفسوي في «المعرفة والتاريخ» (١/ ٣٦٨ ـ ٣٦٩) كلهم من طريق الزهري عن عامر بن سعد عن أبيه قال: مرضت بمكة مرضاً أشفيت منه على الموت فجاء رسول الله ﷺ يعودني فقلت: يا رسول الله إن لي مالاً كثيراً وليس يرثني إلا ابنتي، أفأوصي بثلثي مالي؟ قال: لا، قلت: فالشطر؟ قال: لا، قلت: فالثلث؟ قال: الثلث والثلث كثير، أو كبير إنك إن تترك ورثتك أغنياء خير من أن تتركهم عالة.

وقال الترمذي: حديث حسن صحيح.

وأخرجه البخاري (٥/ ٤٢٧ ـ ٤٢٨) كتاب الوصايا: باب إن يترك ورثته أغنياء خير من أن يتكففوا الناس حديث (٢٧٤٢) ومسلم (٣/ ١٢٥٠)(٦/ ٢٤٢) كتاب الوصية: باب الوصية بالثلث حديث(٥/ ٨٦٢٨) والنسائي (٦/ ٢٤٢) كتاب الوصايا: باب الوصية بالثلث وأحمد (١/ ١٧٢) من طريق سعد بن إبراهيم عن عامر بن سعد عن أبيه به.

وأخرجه البخاري (٥/ ٤٣٤ ـ ٤٣٥) كتاب الوصايا: باب الوصية بالثلث حديث (٢٧٤٤) من طريق هاشم ابن هاشم عن عامر بن سعيد عن أبيه به. =

وروى عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال: «**إِنَّ اللهَ تَبَارَكَ وَتَعَالَىٰ تَصَدَّقَ عَلَيْكُمْ بِثُلُثِ أَمْوَالِكُمْ فِي آخِرِ أَعْمَارِكُمْ زِيَادَةً عَلَىٰ أَعْمَالِكُمْ، فَضَعُوهُ حَيْثُ شِئْتُمْ**»[1] أخبر ـ عليه الصلاة

= وأخرجه النسائي (٦/ ٢٤٣) كتاب الوصايا: باب الوصية، من طريق بكير بن مسمار عن عامر بن سعد عن أبيه به.

وأخرجه أحمد (١/ ١٨٤) من طريق جرير بن حازم عن عمه جرير بن زيد عن عامر به.

وأخرجه مسلم (٣/ ١٢٥١) كتاب الوصية: باب الوصية بالثلث حديث (٨، ٩/ ١٦٢٨) وأحمد (١/ ٦٨) وأبو يعلى (٢/ ١١٦) رقم (٧٨١) من طريق عمرو بن سعيد عن حميد بن عبد الرحمن عن ثلاثة من ولد سعد به.

(١) أخرجه ابن ماجه (٢/ ٩٠٤) كتاب الوصايا: باب الوصية بالثلث حديث (٢٧٠٩) والبيهقي (٦/ ٢٦٩) كتاب الوصايا: باب الوصية بالثلث، والخطيب في «تاريخ بغداد» (١/ ٣٤٩) كلهم من طريق طلحة بن عمرو المكي عن عطاء بن أبي رباح عن أبي هريرة قال: قال رسول الله ﷺ: «إن الله تصدق عليكم عند وفاتكم بثلث أموالكم زيادة لكم في أعمالكم».

والحديث ذكره الحافظ في «التلخيص» (٣/ ٩١) وعزاه أيضاً للبزار.

وقال البزار: لا نعلم رواه عن عطاء إلا طلحة بن عمرو وهو وإن روى عنه جماعة فليس بالقوي.

قال البوصيري في الزوائد (٢/ ٣٦٦): هذا إسناد ضعيف طلحة بن عمرو الحضرمي المكي ضعفه أحمد وابن معين وأبو حاتم وأبو زرعة والبخاري وأبو داود والنسائي والبزار والعجلي والدارقطني وأبو أحمد الحاكم وغيرهم. اهـ.

وفي الباب عن أبي الدرداء ومعاذ بن جبل وأبي بكر الصديق وخالد بن عبيد.

حديث أبي الدرداء.

أخرجه أحمد (٦/ ٤٤١) والبزار (٢/ ١٣٩ ـ كشف) رقم (١٣٨٢) وأبو نعيم في «الحلية» (٦/ ١٠٤) كلهم من طريق أبي بكر بن أبي مريم عن ضمرة بن حبيب عن أبي الدرداء عن النبي ﷺ قال: إن الله تصدق عليكم بثلث أموالكم عند وفاتكم.

قال البزار: وقد روي هذا الحديث من غير وجه وأعلى من رواه أبو الدرداء ولا نعلم له عنه طريقاً غير هذه الطريق وأبو بكر بن أبي مريم وضمرة معروفان وقد احتمل حديثهما.

وذكره الهيثمي في «مجمع الزوائد» (٤/ ٢١٥) وقال: رواه أحمد والبزار والطبراني وفيه أبو بكر بن أبي مريم وقد اختلط.

حديث معاذ.

أخرجه الطبراني في «الكبير» كما في «مجمع الزوائد» (٤/ ٢١٥) والدارقطني (٤/ ١٥٠) كتاب الوصايا حديث (٣) كلاهما من طريق إسماعيل بن عياش ثنا عتبة بن حميد الضبي عن القاسم أبي عبد الرحمن عن أبي أمامة عن معاذ بن جبل أن النبي ﷺ قال: «إن الله عز وجل تصدق عليكم بثلث أموالكم عند وفاتكم زيادة في حسناتكم ليجعلها لكم زيادة في أعمالكم».

والحديث ضعفه الحافظ ابن حجر في «التلخيص» (٣/ ٩١) فقال: وفيه إسماعيل بن عياش عن عتبة بن حميد وهما ضعيفان اهـ.

أما عتبة بن حميد فمختلف فيه فقد وثقه ابن حبان وقال أبو حاتم: صالح الحديث.

وقال الهيثمي في «المجمع» (٤/ ٢١٥): رواه الطبراني وفيه عقبة بن حميد الضبي. =

والسلام ـ أن الله ـ تبارك وتعالى ـ جعلنا أخص بثلث أموالنا في آخر أعمارنا، لنكتسب به زيادة في أعمالنا.

والوصية تصرف في ثلث المال في آخر العمر، زيادة في العمل، فكانت مشروعة.

وأما الإجماع ـ فإن الأمة من لدن رسول الله ـ ﷺ ـ إلى يومنا هذا يوصون من غير إنكار من أحد؛ فيكون إجماعاً من الأمة على ذلك. والقياس يترك بالكتاب العزيز والسنة الكريمة، والإجماع، مع ما أن ضرباً من القياس يقتضي الجواز؛ وهو أن الإنسان يحتاج إلى أن يكون خَتَمَ عمله بالقربة؛ زيادة على القرب السابقة على ما نطق به الحديث؛ أو تداركاً لما فرَّط في

= كذا في المجمع والصواب عتبة ـ وثقه ابن حبان وغيره وضعفه أحمد» اهـ.
أما إسماعيل بن عياش فهو ليس بضعيف مطلقاً بل في روايته عن غير أهل بلده وشيخه في هذا الحديث ليس من أهل بلده.
وهذا الحديث قد رواه ابن أبي شيبة في «المصنف» (١١/ ٢٠٠) رقم (١٠٩٦٤) ثنا عبد الأعلى عن برد عن مكحول عن معاذ بن جبل موقوفاً عليه.
حديث أبي بكر الصديق.
أخرجه ابن عدي في «الكامل» (٢/ ٣٨٦) والعقيلي في «الضعفاء» (١/ ٢٧٥) من طريق حفص بن عمر بن ميمون الأيلي قال: حدثنا ثور عن مكحول عن الصنابحي أنه سمع أبا بكر الصديق يقول: سمعت رسول الله ﷺ يقول: «إن الله قد تصدق عليكم بثلث أموالكم عند موتكم رحمة لكم وزيادة في أعمالكم وحسناتكم».
وأسند ابن عدي عن النسائي قوله: ليس بثقة.
وقال ابن عدي: عامة أحاديثه غير محفوظة وأخاف أن يكون ضعيفاً كما ذكره النسائي.
وفي «نصب الراية» (٤/ ٤٠٠) وقال العقيلي: يحدث بالأباطيل اهـ. وقد أورد له العقيلي أحاديث ثم قال عقبها: هذه كلها بواطيل لا يتابع عليها وحفص بن عمر هذا يحدث عن شعبة ومالك بن مغول والأئمة بالبواطيل.
حديث خالد بن عبيد.
أخرجه الطبراني في «الكبير» كما في «نصب الراية» (٤/ ٤٠٠) قال: حدثنا أحمد بن عبد الوهاب بن نجدة الحوطي ثنا أبي ثنا إسماعيل بن عياش عن عقيل بن مدرك عن الحارث بن خالد بن عبيد السلمي عن أبيه خالد بن عبيد السلمي أن رسول الله ﷺ قال: «إن الله عز وجل أعطاكم عند وفاتكم ثلث أموالكم زيادة في أعمالكم».
والحارث بن خالد بن عبيد مجهول.
وفيه رد على الحافظ الهيثمي إذ قال في «المجمع» (٤/ ٢١٥): رواه الطبراني وإسناده حسن. اهـ.
والحديث ذكره ابن الملقن في «خلاصة البدر المنير» (٢/ ١٤٠) وقال: رواه ابن ماجه والبيهقي من رواية أبي هريرة والدارقطني من رواية معاذ بن جبل وأحمد من رواية أبي الدرداء وابن قانع من رواية خالد بن عبد الله السلمي والعقيلي من رواية أبي بكر وأسانيده كلها ضعيفة.

حياته، وذلك بالوصية، وهذه العقود ما شرعت إلاّ لحوائج العباد؛ فإذا مسّت حاجتهم إلى الوصية ـ وجب القول بجوازها.

وبه تبين أن ملك الإنسان لا يزول بموته فيما يحتاج إليه، ألا يرى أنه بقي في قدر جهازه من التكفن، والدفن، وبقي في قدر الدين الذي هو مطالب به من جهة العباد؛ لحاجة إلى ذلك كذلك ههنا.

وبعض الناس يقول: الوصية واجبة[1]؛ لما روى ـ عليه الصلاة والسلام ـ أنه قال: «**لاَ يَحِلُّ لِرَجُلٍ يُؤْمِنُ بِاللهِ وَاليَوْمِ الآخِرِ لَهُ مَالٌ يُرِيدُ أَنْ يُوصِيَ فِيهِ يبيتُ لَيْلَتَيْنِ إلاَّ وَوَصِيَّتُهُ عِنْدَ رَأْسِهِ**» وفي نفس الحديث ما ينفي الوجوب؛ لأن فيه تحريم ترك الإيصاء عند إرادة الإيصاء،

---

(١) لا تَجِبُ الوَصِيَّةُ إلاّ على مَنْ عليه دَيْنٌ، أو عنده وَدِيعةٌ، أو عليه واجِبٌ يُوصَى بالخُرُوج منه، فإنَّ الله تعالى فَرَضَ أدَاء الأمَاناتِ، وطَرِيقُه في هذا البابِ الوَصِيَّةُ، فتكونُ مَفْرُوضةً عليه، فأمَّا الوَصِيَّةُ بِجُزْءٍ من مالِه، فليست بِوَاجِبَةٍ على أحدٍ، في قول الجُمْهُورِ. وبذلك قال الشَّعْبِيُّ، والنَّخعِيُّ، والثَّوريُّ، ومالِكٌ، والشافِعيُّ، وأصْحابُ الرَّأْي، وغيرُهم. وقال ابنُ عبد البَرّ: أَجْمَعُوا على الوَصِيَّة غيرُ واجِبةٍ، إلاَّ على مَنْ عليه حقوق بغير بَيِّنةٍ، وأمانةٍ بغير إشْهادٍ، إلا طائِفَةً شَذَّتْ فأوجَبَتْها. رُوِي عن الزُّهْرِيِّ أنَّه قال: جعل الله الوصية حقاً مما قل أو كثر. وقيل لأبي مجلز: على كل ميتٍ وصيةٌ؟ قال: إن ترك خيراً. وقال أبو بكر عبدُ العزيز: هي واجبةٌ للأقربين الذين لا يرثون. وهو قول داود. وحكي ذلك عن مسروقٍ، وطاوسٍ، وإياسٍ، وقتادة، وابن جرير. واحتجوا بالآية، وخبر ابن عمر، وقالوا: نسخت الوصية للوالدين والأقربين الوارثين، وبقيت في من لا يرث من الأقربين. ولنا، أن أكثر أصحاب رسول الله ﷺ لم ينقل عنهم وصية، ولم ينقل لذلك نكير، ولو كانت واجبة لم يخلوا بذلك، ولنقل عنهم نقلاً ظاهراً، ولأنها عطية لا تجب في الحياة، فلا تجب بعد الموت كعطية الأجانب. فأما الآية، فقال ابن عباس: نسخها قوله سبحانه: ﴿لِلرِّجَالِ نَصِيبٌ مِمَّا تَرَكَ الْوَالِدَانِ وَالْأَقْرَبُونَ﴾. وقال ابن عمر: نسختها آية الميراث. وبه قال عكرمة، ومجاهد، ومالك، والشافعي. وذهبت طائفة ممن يرى نسخ القرآن بالسنة، إلى أنها نسخت بقول النبي ﷺ: «إنَّ الله قد أعطى كل ذي حقٍّ حقه، فلا وصية لوارثٍ». وحديث ابن عمر محمول على من عليه واجبٌ، أو عنده وديعة. ينظر المغني ٨/ ٣٩٠ ـ ٣٩١.

روي هذا الحديث عن عبد الله بن عمر من أكثر من طريق: الأولى: من طريق نافع عنه.

أخرجه مالك (٢/ ٧٦١) كتاب «الوصية»، باب: «الأمر بالوصية، حديث (١).

وأحمد (٢/ ٥، ١١٣).

والبخاري (٦/ ٣) كتاب «الوصايا»، باب: «الوصايا وقول النبي ﷺ «وصية الرجل مكتوبة عنده»، حديث (٢٧٣٨).

ومسلم (٦/ ٨٤ ـ ٨٥) كتاب «الوصية»: باب: «. . .» حديث (١/ ١٦٢٧).

وأبو داود (٣/ ١١٢) كتاب «الوصايا»: باب «ما جاء في ما يؤمر به من الوصية»، حديث (٢٨٦٢).

والترمذي (٣/ ٢٩٥) كتاب «الجنائز» باب: «ما جاء في الحث على الوصية»، حديث (٩٧٤)، حديث (٢١١٨). والنسائي (٦/ ٢٣٨ ـ ٢٣٩) كتاب «الوصايا»، باب: «الكراهية في تأخير الوصية»، حديث (٣٦١٧، ٣٦١٨).

=

والواجب لايقف وجوبه على إرادة من عليه؛ كسائر الواجبات، أو يحمل الحديث بما عليه من الفرائض والواجبات، كالحج، والزكاة، والكفارات، والوصية بها واجبة عندنا، على أنه من أخبار الآحاد، ورد فيما تعم به البلوى، وأنه دليل على عدم الثبوت؛ فلا يقبل.

وقيل: إنها كانت واجبة في الابتداء للوالدين والأقربين المسلمين؛ لقول الله ـ تبارك وتعالى ـ ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِنْ تَرَكَ خَيْراً الْوَصِيَّةُ لِلْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ﴾ [البقرة: ١٨٠] ثم نسخت[1].

= وابن ماجه (٢/ ٩٠١) كتاب «الوصايا»، باب: «الحث على الوصية»، حديث (٢٦٩٩).
وابن الجارود في «المنتقى» (٩٤٦).
والدارمي (٢/ ٤٠٢) كتاب «الوصايا»، باب: «من استحب الوصية».
والحميدي (٢/ ٣٠٦) (٦٩٧).
والدارقطني (٤/ ١٥٠) في «الوصايا» حديث (٤، ٥).
والطيالسي (١/ ٢٨٢) (١٤٢٨).
وابن حبان (١٣/ ٣٨٣) في كتاب الوصية، حديث (٦٠٢٤) والبغوي في «شرح السنة» (٣/ ٢٠٦) كتاب «الجنائز»، باب: «الحث على الوصية»، حديث (١٤٥١).
والبيهقي (٦/ ٢٧٢) كتاب «الوصايا»: باب «الحزم لمن كان له شيء يريد أن يوصى فيه أن لا يبيت ليلتين أو ثلاث ليال إلا ووصيته مكتوبة عنده».
وأبو نعيم في «الحلية» (٦/ ٣٥٢).
كلهم من طرق عن نافع عن ابن عمر ـ رضي الله عنه ـ قال: قال رسول الله ﷺ: «ما حق امرىء يبيت ليلتين، وله مال يريد أن يوصي فيه إلا ووصيته مكتوبة عنده». قال الترمذي: حديث حسن صحيح.
وله طريق أخرى من طريق سالم عنه.
أخرجه أحمد (٢/ ٣، ٤، ٣، ١٢٧).
ومسلم (٦/ ٨٤ ـ ٨٥) كتاب «الوصية»، باب: «....» حديث (٤/ ١٦٢٧).
والنسائي (٦/ ٢٣٩) كتاب «الوصايا»، باب: «الكراهية في تأخير الوصية»، حديث (٣٦٢٠، ٣٦٢١).
وعبد بن حميد (٧٢٧) وعبد الرزاق في «مصنفه» (٩/ ٥٦) كتاب «الوصايا»، باب: «في وجوب الوصية»، حديث (١٦٣٢٦). وابن حبان (١٣/ ٣٨٤)، في كتاب الوصية، حديث (٦٠٢٥). والبيهقي (٦/ ٢٧٢) كتاب «الوصايا»، باب: «الحزم لمن كان له شي يريد أن يوصي فيه أن لا يبيت ليلتين أو ثلاث ليال إلا ووصيته مكتوبة عنده».
كلهم من طرق عن الزهري عن سالم عن أبيه أن رسول الله ﷺ قال: «ما حق امرىء مسلم له شيء يوصي فيه يبيت ثلاث ليال إلا ووصيته مكتوبة عند رأسه».
وأخرجه الدارقطني (٤/ ١٥١) في كتاب الوصايا عن الحسن عن ابن عمر به منقطعاً.

(١) قوله تعالى ﴿خَيراً﴾ قال قتادة: الخير: المال، كان يقال ألفاً فما فوق ذلك.
واختلفوا في حكم هذه الآية، فقال قومٌ: كانت الوصية للوالدين والأقربين فرضاً، فنسخت الوصية للذين يرثون منهم بآية الميراث، وبقيت فريضة للذين لا يرثون من الوالدين والأقارب، وهو قول ابن عباس، وبه قال الحسن وطاوس وقتادة.

واختلف في الناسخ: قال بعضهم نسخها الحديث، وهو ما روي عن أبي قلابة ـ رضي الله عنه ـ أنه عليه الصلاة والسلام قال: «لاَ وَصِيَّةَ لِوَارِثٍ»[1] والكتاب العزيز قد ينسخ بالسنة.

---

(١) قال طاوس: من أوصى لقوم سماهم، وترك ذوي قرابته محتاجين انتزعت منهم، وردت إلى ذوي قرابته.
وذهب آخرون إلى أن فريضة الوصية منسوخة في حق الكافة وهي مستحبة. ينظر: شرح السنة ٣/ ٢٠٦.
أخرجه أبو داود (٣/ ٢٩٠) كتاب الوصايا: باب الوصية للوارث حديث (٢٨٧٠) والترمذي (٤/ ٤٣٣) كتاب الوصايا: باب لا وصية لوارث حديث (٢١٢٠) وابن ماجه (٢/ ٩٠٥) كتاب الوصايا: باب لا وصية لوارث حديث (٢٧١٣) وأحمد (٥/ ٢٦٧) والطيالسي (٢/ ١١٧ ـ منحة) رقم (٢٤٠٧) وسعيد بن منصور (٤٢٧) والدولابي في «الكنى» (١/ ٦٤) وأبو نعيم في «تاريخ أصبهان» (١/ ٢٢٧) والبيهقي (٦/ ٢٦٤) كتاب الوصايا: باب نسخ الوصية للوالدين، كلهم من إسماعيل بن عياش عن شرحبيل بن مسلم عن أبي أمامة الباهلي قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول في خطبته عام حجة الوداع: «إن الله تبارك وتعالى قد أعطى كل ذي حق حقه فلا وصية لوارث».
وقال الترمذي: حديث حسن صحيح.
وأخرجه ابن الجارود في «المنتقى» رقم (٩٤٩) من طريق الوليد بن مسلم قال: ثنا ابن جابر ثنا سليم بن عامر سمعت أبا أمامة فذكر الحديث.
وفي الباب عن جماعة من الصحابة وهم عمرو بن خارجة وأنس بن مالك وابن عباس وجابر وعلي وعبد الله بن عمرو ومعقل بن يسار وزيد بن أرقم والبراء ومجاهد مرسلاً.
حديث خارجة.
أخرجه الترمذي (٤/ ٤٣٤) كتاب الوصايا: باب لا وصية لوارث حديث (٢١٢١) والنسائي (٦/ ٢٤٧) كتاب الوصايا: باب إبطال الوصية للوارث وابن ماجه (٢/ ٩٠٥) كتاب الوصايا: باب لا وصية لوارث وأحمد (٤/ ١٨٦، ١٨٧) والدارمي (٢/ ٤١٩) كتاب الوصايا، باب الوصية للوارث، والطيالسي (١٣١٧) وأبو يعلى (٣/ ٧٨) رقم (١٥٠٨) والبيهقي (٦/ ٢٦٤) كتاب الوصايا: باب نسخ الوصية للوالدين، كلهم من طريق شهر بن حوشب عن عبد الرحمن بن غنم عن عمرو بن خارجة أن النبي ﷺ خطب على ناقته وأنا تحت جرانها وأن لعابها يسيل بين كتفي فسمعته يقول: «إن الله عز وجل أعطى كل ذي حق حقه فلا وصية لوارث».
قال الترمذي: حسن صحيح.
وللحديث طريق آخر.
أخرجه الدارقطني (٤/ ١٥٢) كتاب الوصايا حديث (١٠) والبيهقي (٦/ ٢٦٤) كتاب الوصايا: باب نسخ الوصية للوالدين والأقربين من طريق زياد بن عبد الله عن إسماعيل بن مسلم عن الحسن عن عمرو بن خارجة مرفوعاً بلفظ: لا وصية لوارث إلا أن يجيز الورثة.
وضعف البيهقي سنده.
وأخرجه الطبراني في «الكبير» (٤/ ٢٠٢) رقم (٤١٤٠) من طريق عبد الملك بن قدامة الجمحي عن أبيه عن خارجة بن عمرو أن رسول الله ﷺ قال يوم الفتح وأنا عند ناقته: ليس لوارث وصية قد أعطى الله عز وجل كل ذي حق حقه وللعاهر الحجر.
وقال الهيثمي: رواه الطبراني وفيه عبد الملك بن قدامة الجمحي وثقه ابن معين وضعفه الناس اهـ.
قلت ووثقه أيضاً يعقوب بن سفيان فقال في «المعرفة والتاريخ» (١/ ٤٣٥): مديني ثقة.
لكن عبد الملك هذا ضعفه الجمهور. =

....

= قال البخاري في «الضعفاء» (٢٢٠): يعرف وينكر.
وقال أبو زرعة الرازي: منكر الحديث سؤالات البرذعي ص ٣٥٦.
وقال أبو حاتم: ضعيف الحديث علل الحديث (٢٤٣٥).
وقال النسائي: مدني ليس بالقوي الضعفاء المتروكين (٤٠٣٠).
وقال الدارقطني: مدني يترك سؤالات البرقاني (٣٠١).
حديث أنس: أخرجه ابن ماجه (٢/ ٩٠٦) كتاب الوصايا: باب لا وصية لوارث حديث (٢٧١٤) والدارقطني (٤/ ٧٠) كتاب الفرائض حديث (٨) والبيهقي (٦/ ٢٦٤ ـ ٢٦٥) كتاب الوصايا: باب نسخ الوصية للوالدين والأقربين من طريق عبد الرحمن بن يزيد بن جابر عن سعيد بن أبي سعيد عن أنس به.
قال البوصيري في «الزوائد» (٢/ ٣٦٨): هذا إسناد صحيح رجاله ثقات.
حديث ابن عباس: أخرجه الدارقطني (٤/ ٩٧) كتاب الفرائض: حديث (٨٩) والبيهقي (٦/ ٢٦٣) كتاب الوصايا: باب نسخ الوصية للوالدين والأقربين من طريق ابن جريج عن عطاء عن ابن عباس قال البيهقي: (عطاء هو الخراساني لم يدرك ابن عباس ولم يره قاله أبو داود وغيره).
وأخرجه البيهقي (٦/ ٢٦٣ ـ ٢٦٤) من طريق يونس بن راشد عن عطاء عن عكرمة عن ابن عباس.
قال الحافظ في «التلخيص» (٣/ ٩٢): حديث حسن.
حديث جابر:
أخرجه الدارقطني (٤/ ٩٧) كتاب الفرائض: حديث (٩٠) من طريق فضل بن سهل ثنا إسحاق بن إبراهيم الهروي ثنا سفيان عن عمر عن جابر به.
قال الدارقطني: الصواب مرسل.
قال أبو الطيب آبادي في «التعليق المغني» (٤/ ٩٧): إسحاق بن إبراهيم الهروي ثم البغدادي أبو موسى وثقه ابن معين وغيره وقال عبد الله بن علي بن المديني: سمعت أبي يقول: أبو موسى الهروي روى عن سفيان عن عمر وعن جابر: لا وصية ـ الحديث كأنه سفيان عن عمرو مرسلاً كذا في الميزان اهـ.
وللحديث طريق آخر: أخرجه الدارقطني (٤/ ١٥٢) كتاب الوصايا حديث (١٢) من طريق نوح بن دراج عن أبان بن تغلب عن جعفر بن محمد عن أبيه عن جابر قال: قال رسول الله ﷺ: «لا وصية لوارث ولا إقرار بدين».
حديث علي:
أخرجه الدارقطني (٤/ ٩٧) كتاب الفرائض حديث (٩١) من طريق يحيى بن أبي أنيسة عن أبي إسحاق الهمداني عن عاصم بن ضمرة عن علي قال: قال رسول الله ﷺ: «الدين قبل الوصية ولا وصية لوارث».
ومن طريق يحيى أخرجه ابن عدي في «الكامل»، (٧/ ١٩٠) ويحيى بن أبي أنيسة.
قال أحمد: متروك الحديث.
وقال ابن المديني: لا يكتب حديثه.
وقال ابن معين: ليس بشيء.
وقال البخاري: لا يتابع في حديثه وليس بذاك.
وقال النسائي: متروك الحديث.
أسند ذلك ابن عدي في «الكامل» عنهم.
حديث عبد الله بن عمرو.

فإن قيل: إنما ينسخ الكتاب عندكم بالسنة المتواترة، وهذا من الآحاد ـ فالجواب: أن هذا الحديث متواتر، غير أن التواتر ضربان: تواتر من حيث الرواية؛ وهو أن يرويه جماعة، لا يتصور تواطؤهم على الكذب، وتواتر من حيث ظهور العمل به قرناً فقرناً من غير ظهور المنع والنكير عليهم في العمل به إلا أنهم ما رووه على التواتر؛ لأن ظهور العمل به أغناهم عن روايته، وقد ظهر العمل بهذا، مع ظهور القول أيضاً من الأئمة بالفتوى به بلا تنازع منهم، ومثله يوجب العمل قطعاً؛ فيجوز نسخ الكتاب العزيز به، كما يجوز بالتواتر في الرواية؛ إلا أنهما يفترقان من وجه، وهو أن جاحد المتواتر في الرواية يكفر، وجاحد المتواتر في ظهور العمل لا يكفر، لمعنى عرف في أصول الفقه.

وقال بعض العلماء: نسختها آية المواريث، وفي الحديث ما يدل عليه؛ فإنه ـ عليه الصلاة والسلام ـ قال: «**إِنَّ اللهَ تَبَارَكَ وَتَعَالَىٰ أَعْطَىٰ كُلَّ ذِي حَقٍّ حَقَّهُ فَلاَ وَصِيَّةَ لِوَارِثٍ**».

وقوله: «كل ذي حق حقه» أي: كل حقه، فقد أشار ـ عليه الصلاة والسلام ـ إلى أن الميراث الذي أعطي للوارث كل حقه، فيدل على ارتفاع الوصية؛ وتحول حقه من الوصية إلى الميراث، وإذا تحول ـ فلا يبقى له حق في الوصية، كالقبلة لما تحولت من بيت المقدس إلى الكعبة ـ لم يبق ببيت المقدس قبلة، وكالدين إذا تحول من ذمة إلى ذمة ـ لا يبقى في الذمة الأولى، وكما في الحوالة الحقيقية.

= أخرجه الدارقطني: (٤/ ٩٨) كتاب الفرائض حديث (٩٣) وابن عدي في «الكامل» (٢/ ٨١٧) من طريقين عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي ﷺ قال في خطبته يوم النحر: «لا وصية لوارث إلا أن يجيز الورثة».

حديث معقل بن يسار.

أخرجه ابن عدي في «الكامل» (٥/ ٢١١) من طريق علي بن الحسن بن يعمر ثنا المبارك بن فضالة عن الحسن قال؛ قال معقل بن يسار: كنا بمنى وكان رسول الله ﷺ يخطب ولعاب ناقته بين كتفي ففهمت من كلامه قال: «لا وصية لوارث».

قال ابن عدي: هذا الحديث باطل بهذا الإسناد.

حديث زيد بن أرقم والبراء.

أخرجه ابن عدي في «الكامل» (٦/ ٣٥٠) من طريق موسى بن عثمان الحضرمي عن أبي إسحاق عن البراء وزيد بن أرقم قالا: كنا مع النبي ﷺ يوم غدير خم ونحن نرفع غصن الشجرة عن رأسه فقال: «إن الصدقة لا تحل لي ولا لأهلي لعن الله من ادعى إلى غير أبيه ولعن الله من تولى غير مواليه الولد للفراش وللعاهر الحجر ليس لوارث وصية».

قال ابن عدي: موسى بن عثمان: حديثه ليس بمحفوظ.

وقال أبو حاتم: متروك ينظر اللسان (٦/ ١٢٥) والميزان (٤/ ٢١٤).

مرسل مجاهد: أخرجه البيهقي (٦/ ٢٦٤) كتاب الوصايا: باب نسخ الوصية للوالدين والأقربين، من طريق الشافعي عن ابن عيينة عن سليمان الأحول عن مجاهد به.

وقال بعضهم: الوصية بقيت واجبة للوالدين والأقربين، غير الوارثين بسبب الكفر والرق، والآية، وإن كانت عامّة في المخرج، لكن خص منها الوالدان والأقربون الوارثون بالحديث، وهو قوله عليه الصلاة والسلام: «**لاَ وَصِيَّةَ لِوَارِثٍ**» فكان الحديث مخصصاً لعموم الكتاب، لا ناسخاً، والحمل على التخصيص أولى من الحمل على النسخ إلا أن عامة أهل التأويل قالوا: إن الوصية في الابتداء كانت فريضة للوالدين، والأقربين المسلمين، ثم نسخت بحديث أبي قلابة، وقال بعضهم: إن كان عليه حج، أو زكاة، أو كفارة، أو غير ذلك من الواجبات، فالوصية بذلك واجبة، وإن لم يكن ـ فهي غير واجبة، بل جائزة، وأنه أخذ الفقيه أبو الليث.

وأما الكلام في الاستحباب ـ فقد قالوا: إن كان ماله قليلاً، وله ورثة فقراء ـ فالأفضل ألا يوصي؛ لقوله عليه الصلاة والسلام في حديث سعد ـ رضي الله عنه ـ «**إِنَّكَ إِنْ تَرَكْتَ وَرَثَتكَ أَغْنِيَاءَ خَيْرٌ لَكَ مِنْ أَنْ تَدَعَهُمْ عَالَةً يَتَكَفَّفُونَ النَّاسَ**» ولأن الوصية في هذه الحالة تكون صلة بالأجانب، والترك يكون صلة بالأقارب ـ فكان أولى(١).

وإن كان ماله كثيراً؛ فإن كانت ورثته فقراء ـ فالأفضل أن يوصي بما دون الثلث(٢)،

---

(١) والأفضل أن يجعل وصيته لأقاربه الذين لا يرثون، إذا كانوا فقراء، في قول عامة أهل العلم. قال ابن عبد البر: لا خلاف بين العلماء علمت في ذلك، إذا كانوا ذوي حاجة، وذلك لأن الله تعالى كتب الوصية للوالدين والأقربين، فخرج منه الوارثون بقول النبي ﷺ: «لا وصية لوارث». وبقي سائر الأقارب على الوصية لهم. وأقل ذلك الاستحباب، وقد قال الله تعالى: ﴿وَءَاتِ ذَا الْقُرْبَىٰ حَقَّهُ﴾. وقال تعالى: ﴿وَءَاتَى الْمَالَ عَلَى حُبِّهِ ذَوِي الْقُرْبَىٰ﴾ فبدأ بهم، ولأن الصدقة عليهم في الحياة أفضل، فكذلك بعد الموت. فإن أوصى لغيرهم وتركهم، صحت وصيته، في قول أكثر أهل العلم، منهم؛ سالم، وسليمان بن يسار، وعطاء، ومالك، والثوري، والأوزاعي، والشافعي، وإسحاق، وأصحاب الرأي. وحكي عن طاوس، والضحاك، وعبد الملك بن يعلى، أنهم قالوا: ينزع عنهم، ويرد إلى قرابته. وعن سعيد بن المسيب، والحسن، وجابر بن زيد: للذي أوصى له ثلث الثلث، والباقي يرد إلى قرابة الموصي؛ لأنه لو أوصى بماله كله لجاز منه الثلث، والباقي رد على الورثة، وأقاربه الذين لا يرثونه في استحقاق الوصية كالورثة في استحقاق المال كله. ولنا، ما روى عمران بن حصين، أن رجلاً أعتق في مرضه ستة أعبد، لم يكن له مال غيرهم، فبلغ ذلك النبي ﷺ، فدعاهم، فجزأهم ثلاثة أجزاء، ثم أقرع بينهم، فأعتق اثنين، وأرق أربعة. فأجاز العتق في ثلثه لغير قرابته، ولأنها عطية، فجازت لغير قرابته، كالعطيّة في الحياة. ينظر المغني (٨/ ٣٩٤ ـ ٣٩٥).

(٢) الأولى أن لا يستوعب الثلث بالوصية وإن كان غنياً؛ لقول النبي ﷺ: «والثُّلُثُ كَثِيرٌ». قال ابن عباس: لو أن الناس غَضُّوا من الثلث، فإن النبي ﷺ قال: «الثُّلُثُ كَثِيرٌ». متفقٌ عليه. وقال القاضي، وأبو الخطاب: إن كان غنياً استحب الوصية بالثلث. ولنا، أن النبي ﷺ قال لسعد: «والثُّلُثُ كَثِيرٌ». مع إخباره إيَّاه بكثرة ماله، وقلة عياله، فإنه قال في الحديث: «إنَّ لي مالاً كثيراً، ولا يرثني إلا ابنتي». وروى سعيد، ثنا خالد ابن عبد الله، ثنا عطاءُ بن السائب، عن أبي عبد الرحمن السُّلميّ، عن سعد بن مالك، قال: مرضت =

ويترك المال لورثته؛ لأن غنية الورثة تحصل بما زاد على الثلث؛ إذا كان المال كثيراً، ولا تحصل عند قلته، والوصية بالخمس أفضل من الوصية بالربع، والوصية بالربع أفضل من الوصية بالثلث؛ لما روي عن سيدنا علي ـ رضي الله عنه ـ أنه قال: «لأنْ أوصي بالخمس أحبُّ إليَّ من أن أوصي بالربع، ولأن أوصي بالربع أحب إليَّ من أن أوصي بالثلث، ومن أن أوصي بالثلث لم يترك شيئاً» أي: لم يترك من حقه شيئاً لورثته؛ لأن الثلث حقه؛ فإذا أوصى بالثلث ـ فلم يترك من حقه شيئاً لهم.

وروي عن سيدنا أبي بكر، وسيدنا عمر، وسيدنا عثمان ـ رضي الله عنهم ـ أنهم قالوا: «الخمس اقتصاد، والربع جهد، والثلث حيف»[1] وإن كان ورثته أغنياء ـ فالأفضل الوصية بالثلث، ثم الوصية بالثلث لأقاربه الذين لا يرثون أفضل من الوصية به للأجانب، والوصية

= مرضاً، فعادني رسُولُ الله ﷺ، فقال لي: «أوصَيْتَ؟» فقلتُ: نعم. أوصيت بمالي كله للفقراء وفي سبيل الله. فقال لي رسولُ الله ﷺ: «أَوْصِ بالْعُشْرِ». فقلتُ: يا رسول الله، إنَّ مالي كثيرٌ. وورثتي أغنياء. فلم يزل رسول الله ﷺ يناقِصُنِي وأُناقِصُه، حتى قال: «أوْصِ بالثُّلُثِ، والثُّلُثُ كَثيرٌ». وقال أبو عبد الرحمن: لم يكن أحد منَّا يبلغ في وصيته الثلث حتى ينقص منه شيئاً؛ لقول النبي ﷺ: «الثُّلُث، والثُّلُث كَثِيرٌ». إذا ثبت هذا، فالأفضل للغني الوصية بالخمس. ونحو هذا يروي عن أبي بكر الصديق، وعليِّ بن أبي طالب، رضي الله عنهما. وهو ظاهر قول السلف، وعلماء أهل البصرة. ويروى عن عمر، رضي الله عنه، أنه جاءه شيخٌ، فقال: يا أمير المؤمنين، أنا شيخٌ كبيرٌ، ومالي كثيرٌ، ويرثني أعرابٌ موال كلالةٌ، منزوحٌ نسبهم، أفأوصي بمالي كلِّه؟ قال: لا. قال: فلم يزل يحط حتى بلغ العشر. وقال إسحاق: السُّنَّة الرُّبْعُ، إلاَّ أن يكون رجلاً يعرف في ماله حرمة شبهات أو غيرها، فله استيعاب الثلث. ولنا، أن أبا بكر الصديق، رضي الله عنه، أوصى بالخمس. وقال: رضيت بما رضي الله به لنفسه. يعني قوله تعالى: ﴿وَٱعْلَمُوا أَنَّما غَنِمْتُم مِّنْ شَيْءٍ فَأَنَّ لله خُمُسَهُ﴾، ورُوِي أن أبا بكر وعليًا، رضي الله عنهما، أوصَيَا بالخمس. وعن عَلِيٍّ، رضي الله عنه، أنَّه قال: لأنْ أوصي بالخمس، أحبُّ إلي من الرُّبع. وعن إبراهيم، قال: كانوا يقولون: صاحِبُ الرُّبع أفضل من صاحب الثلث، وصاحب الخمس أفضل من صاحب الربع. وعن الشعبي قال: كان الخمس أحب إليهم من الثلث، فهو منتهى الجامح. وعن العلاء بن زياد قال: أوصى أبي أن أسأل العلماء، أي الوصية أعدل؟ فما تتابعوا عليه فهو وصيته، فتتابعوا على الخمس. ينظر المغني (٨/ ٣٩٣ ـ ٣٩٤).

(١) أخرجه البيهقي في الكبرى (٦/ ٢٤٠) كتاب الفرائض، باب الميراث بالولاء. ـ قال:

أخبرنا أبو عبد الله الحافظ وأبو سعيد بن أبي عمرو قالا ثنا أبو العباس ثنا يحيى أنا يزيد عن أشعث بن سوار عن الحسن أن النبي ﷺ خرج إلى البقيع فرأى رجلاً يباع فساوم به ثم تركه فاشتراه رجل فأعتقه ثم أتى به النبي ﷺ فقال إني اشتريت هذا فأعتقته فما ترى فيه قال: «أخوك ومولاك» قال: ما ترى في صحبته قال: «إن شكرك فهو خير له وشر لك وإن كفرك فهو خير لك وشر له» قال ما ترى في ماله قال: «إن مات ولم يدع وارثاً فلك ماله».

ثم قال البيهقي هكذا جاء مرسلاً.

للقريب المعادي أفضل من الوصية للقريب الموالي؛ لأن الصدقة على المعادي تكون أقرب إلى الإخلاص، وأبعد عن الرياء.

ونظيره قوله ـ عليه الصلاة والسلام ـ لذلك الذي اشترى عبداً فأعتقه فإنْ شَكَرَكَ فَهُوَ خَيْرٌ لَهُ وشَرٌّ لَكَ، وإنْ كَفَرَكَ فَهُوَ شَرٌّ لَهُ وَخَيْرٌ لَكَ»[1] ولأن الوصية للمعادي سبب لزوال العداوة، وصيانةً للقرابة عن القطيعة؛ فكانت أولى هذا إذا استوى الفريقان في الفضل، والدين، والحاجة، وأحدهما معادي، فأما إذا كان الموالي منهما أعفهما، وأصلحهما، وأحوجهما ـ فالوصية له أفضل؛ لأن الوصية له تقع إعانة على طاعة الله ـ تبارك وتعالى.

فصـــــــل

واما ركن الوصية ـ فقد اختلف فيه، قال أصحابنا الثلاثة ـ رحمهم الله ـ هو الإيجاب والقبول.

الإيجاب من الموصي، والقبول من الموصى له، فما لم يوجدا جميعاً ـ لا يتم الركن، وإن شئت قلت: ركن الوصية الإيجاب من الموصي، وعدم الرد من المولى له، وهو أن يقع اليأس عن رده، وهذا أسهل؛ لتخريج المسائل على ما نذكر.

وقال زفر ـ رحمه الله ـ الركن هو الإيجاب من الموصي فقط، ووجه قول زفر أن ملك الموصى له بمنزلة ملك الوارث؛ لأن كل واحد من الملكين ينتقل بالموت، ثم ملك الوارث لا يفتقر إلى قبوله، وكذا ملك الموصى له.

ولنا قوله تبارك وتعالى: ﴿وَأَنْ لَيْسَ لِلإِنْسَانِ إِلاَّ مَا سَعَىٰ﴾ [النجم:٣٩] فظاهره ألاّ يكون للإنسان شيء بدون سعيه؛ فلو ثبت الملك للموصى له من غير قبول ـ لثبت من غير سعيه، وهذا منفي إلا ما خص بدليل؛ ولأن القول بثبوت الملك له من غير قبوله يؤدي إلى الإضرار به من وجهين: أحدهما: أنه يلحقه ضرر المنة؛ ولهذا توقف ثبوت الملك للموهوب له على قبوله؛ دفعاً لضرر المنة والثاني: أن الموصى به قد يكون شيئاً يتضرر به الموصى له، كالعبد الأعمى، والزمن والمقعد، ونحو ذلك، وإلى هذا أشار في الأصل؛ فقال: أرأيت لو أوصى

---

(١) روى البيهقي في الكبرى (٦/ ٢٨٢) كتاب الوصايا، باب ما جاء في وصية الصغير.

أخبرنا أبو أحمد المهرجاني أن أبو بكر محمد بن جعفر المزكي ثنا محمد بن إبراهيم حدثنا ابن بكير ثنا مالك عن عبد الله بن أبي بكر عن أبيه أن عمرو بن سليم الزرقي أخبره إنه قيل لعمر بن الخطاب رضي الله عنه إن ههنا غلاماً يفاعاً لم يحتلم من غسان ووارثه بالشام وهو ذو مال ليس له ههنا إلا ابنة عم له فقال عمر بن الخطاب رضي الله عنه فليوصي لها فأوصى لها بمال يقال له بئر حشيم قال عمرو بن سليم فبعث ذلك المال بثلاثين ألفاً وابنة عمه التي أوصى لها هي أم عمرو بن سليم.

بعبيد عميان ـ أيجب عليه القبول شاء، أو أبي وتلحقه نفقتهم من غير أن يكون له منهم نفع؟ فلو لزمه الملك من غير قبوله ـ للحقه الضرر من غير التزامه، وإلزام من له ولاية الإلزام؛ إذ ليس للموصي ولاية إلزام الضرر، فلا يلزمه، بخلاف ملك الوارث؛ لأن اللزوم هناك بإلزام من له ولاية الإلزام؛ وهو الله ـ تبارك وتعالى ـ فلم يقف على القبول؛ كسائر الأحكام التي تلزم بإلزام الشرع ابتداء، وعلى هذا يخرج ما إذا كان الموصى له أنه لا يعتق عليه ما لم يقبل، أو يموت من غير قبول؛ لأنه لا عتق بدون الملك، ولا ملك بدون القبول، أو بدون عدم الرد، ووقوع اليأس عنه، ولم يوجد القبول منه، ولا وقع اليأس عن الرد، ما دام حيًّا؛ فلا يعتق، ولو مات الموصي؛ ثم مات الموصى له قبل القبول ـ صار الموصى به ملكاً لورثة الموصى له؛ استحساناً، والقياس أن تبطل الوصية، ويكون لورثته الخيار، إن شاؤوا قبلوا، وإن شاؤوا ردّوا.

وجه القياس الأول: أن القبول أحد ركني العقد، وقد فات بالموت؛ فيبطل الركن الآخر؛ كما إذا أوجب البيع، ثم مات المشتري قبل القبول، أو أوجب الهبة، ثم مات الموهوب له قبل القبول أنه يبطل الإيجاب؛ لما قلنا؛ كذا هذا.

وجه القياس الثاني: أن الموصى له في حياته كان له القبول والرد؛ فإذا مات تقوم ورثته مقامه.

وجه الاستحسان: أن أحد الركنين من جانب الموصى له هو عدم الرد منه، وذلك بوقوع اليأس على الرد منه، وقد حصل ذلك بموته؛ فتم الركن. وأما على عبارة القبول ـ فنقول: إن القبول من الموصى له لا يشترط لعينه، بل لوقوع اليأس عن الرد، وقد حصل ذلك بموت الموصى له.

وعلى هذا يخرج ما إذا أوصى له بجاريته التي ولدت من الموصى له بالنكاح أنها لا تصير أم ولد له، ما لم يقبل الوصية، أو يموت قبل القبول، فإذا مات صارت أم ولد له؛ لأنه ملك جارية قد ولدت منه بالنكاح، فتصير أم ولد له، وينفسخ النكاح، وإن لم يعلم الموصى له بالوصية حتى مات، أو علم، ولم يقبل حتى مات؛ فهو على القياس، والاستحسان اللذين ذكرنا.

ولو كان حيًّا، ولم يعلم بالوصية، وهو يطؤها بالنكاح حتى ولدت أولاداً، ثم علم بالوصية ـ فهو بالخيار؛ إن شاء قبل الوصية، فكانت الجارية أم ولد له، وأولادها أحرار؛ إن كانوا يخرجون من الثلث، وإن شاء لم يقبل؛ فلا تكون الجارية أم ولد له، لأن قبوله شرط. فإن قيل: فقد صارت الجارية أم ولد له، لأنه ملكها بالقبول، ومن استولد جارية غيره بالنكاح، ثم ملكها ـ تصير أم ولد له، وأولادها أحرار، إن كانوا يخرجون من الثلث؛ لأن عند

القبول يثبت الملك من وقت موت الموصي؛ فتبين أن الملك ثبت له في الجارية من ذلك الوقت؛ كما في البيع بشرط الخيار أن عند الإجازة يثبت الحكم، وهو الملك من وقت البيع، كذا ههنا وإذا ثبت الملك من وقت موت الموصي - يحكم بفساد النكاح من ذلك الوقت؛ فتبين أن الأولاد ولدوا على فراش ملك اليمين؛ فدخلوا تحت الوصية؛ فيملكهم بالقبول فيعتقون إذا كانوا يخرجون من الثلث، وإن لم يقبل الوصية كانت الجارية ملكاً لورثة الموصي، والأولاد أرقاء، لأن الولد يتبع الأم في الرق والحرية ولو أوصى بالثلث لرجلين، مات الموصى؛ فرد أحدهما؛ وقبل الآخر الوصية - كان للآخر حصته من الوصية؛ لأنه أضاف الثلث إليهما، وقد صحت الإضافة، فانصرف إلى كل واحد منهما نصف الثلث؛ فإذا رد أحدهما الوصية - ارتد في نصفه، وبقي النصف الآخر لصاحبه الذي قبل، كمن أقر بالألف لرجلين؛ فرد أحدهما إقراره - ارتد في نصيبه خاصة، وكان للآخر نصف الإقرار كذا ههنا، بخلاف ما إذا أوصى بالثلث لهذا، والثلث لهذا؛ فرد أحدهما، وقبل الآخر - إن كل الثلث للذي قبل، إلا أنه إذا قبل صاحبه يقسم الثلث بينهما، لضرورة المزاحمة، إذ ليس أحدهما بأولى من الآخر؛ فإذا رد أحدهما زالت المزاحمة، فكان جميع الثلث له، وإذا ثبت أن القبول ركن في عقد الوصية - فوقت القبول ما بعد موت الموصي، ولا حكم للقبول، والرد قبل موته، حتى لو رد قبل الموت، ثم قبل بعده صح قبوله؛ لأن الوصية إيجاب الملك بعد الموت والقبول، أو الرد يعتبر كذا الإيجاب، لأنه جواب، والجواب لا يكون إلا بعد تقدم السؤال.

ونظيره إذا قال لامرأته: إذا جاء غد - فأنت طالق على ألف درهم أنه إنما يعتبر القبول، أو الرد إذا جاء غد، كذا هذا، فإذا كان الصرف يقع إيجاباً بعد الموت - يعتبر القبول بعده. والله سبحانه وتعالى أعلم.

فصل

وأما بيان معنى الوصية - فالوصية: اسم لما أوجبه الموصي في ماله، بعد موته، وبه تنفصل عن البيع، والإجارة والهبة، لأن شيئاً من ذلك لا يحتمل الإيجاب بعد الموت؛ ألا ترى أنه لو أوجبها بعد الموت بطل؟.

وذكر الكرخي - عليه الرحمة - في حد الوصية ما أوجبه الموصي في ماله تطوّعاً بعد موته، أو في مرضه الذي مات فيه؛ فقوله: «ما أوجبه الموصي في ماله تطوُّعاً بعد موته» لا يشمل جميع أفراد الوصايا؛ فإنه لا يتناول الوصية بالقرب الواجبة التي تسقط بالموت من غير وصية؛ كالحج، والزكاة، والكفارات، ونحوها؛ فلم يكن الحد جامعاً.

وقوله: أو في مرضه حد مقسم، وأنه فاسد. وكذا تبرع الإنسان بماله في مرضه الذي مات فيه من الإعتاق، والهبة، والمحاباة، والكفالة، وضمان الدرك؛ لا يكون وصية حقيقة؛

لأن حكم هذه التصرفات منجز. نافذ في الحال قبل الموت، وحكم الوصية يتأخر إلى ما بعد الموت، فلم تكن هذه التصرفات من المريض وصية حقيقة، إلا أنها تعتبر بالوصايا في حق اعتبار الثلث؛ فأما أن تكون وصية حقيقة ـ فلا.

وعلى هذا يخرج ما إذا أوصى بثلث ماله، أو ربعه، وقد ذكر قدراً من ماله مشاعاً، أو معيناً أن قدر ما يستحقه الموصى له من مال هو ماله الذي عند الموت، لا ما كان عند الوصية، حتى لو أوصى بثلث ماله، وماله يوم أوصى ثلاثة آلاف، ويوم مات ثلاثمائة ـ لا يستحق الموصى له إلا مائة، ولو لم يكن له مال يوم أوصى، ثم اكتسب مالاً، ثم مات ـ فله ثلث المال يوم مات، ولو كان له مال يوم أوصى؛ فمات، وليس له مال ـ بطلت وصيته، وإنما كان كذلك؛ لما ذكرنا أن الوصية تمليك مضاف إلى وقت الموت؛ فيستحق الموصى له ما كان على ملك الموصي عند موته، ويصير المضاف إلى الوقت؛ كالمنجز عنده؛ كأنه قال عند الموت: لفلان ثلث مالي؛ فيعتبر ما يملكه في ذلك الوقت لا ما قبله.

وذكر ابن سماعه في نوادره عن أبي يوسف ـ رحمه الله تعالى ـ فقال: إذا أوصى رجل؛ فقال: لفلان شاة من غنمي؛ أو نحلة من نخلي، أو جارية من جواري، ولم يقل: من غنمي هذه، ولا من جواري هؤلاء، ولا من نخلي هذه؛ فإن الوصية في هذا تقع يوم موت الموصي؛ ولا تقع يوم أوصى؛ حتى لو ماتت غنمه تلك؛ أو باعها فاشترى مكانها أخرى، أو ماتت جواريه؛ فاشترى غيرهن، أو باع النخل، واشترى غيرها؛ فإن للموصي له نخلة من نخله يوم يموت، وليس للورثة أن يعطوه غير ذلك؛ لما بينا أن الوصية عقد مضاف إلى الموت؛ فكأنه قال في تلك الحالة: لفلان شاة من غنمي؛ فيستحق شاة من الموجود، دون ما قبله، قال: فإن ولدت الغنم قبل أن يموت الموصي، أو ولدت الجواري قبل موته: فلحقت الأولاد الأمهات، ثم مات الموصي؛ فإن للورثة أن يعطوه، إن شاؤوا من الأمهات، وإن شاؤوا من الأولاد؛ لأن الاسم يتناول الكل عند الموت؛ فكان المستفاد بالولادة؛ كالمستفاد بالشراء.

قال: فإن اختار الورثة أن يعطوه شاة من غنمه، ولها ولد قد ولدته بعد موت الموصي؛ فإن ولدها يتبعها، وكذلك صوفها ولبنها؛ لأن الوصية، وإن تعلقت بشاة غير معينة، لكن التعيين من الورثة يكون بياناً أن الشاة المعينة هي من الموصى بها؛ كأن الوصية وقعت بهذه المعينة ابتداء؛ فما حدث من نمائها بعد الموت يكون للموصى له.

قال: فأما ما ولدت قبل موت الموصي ـ فلا يستحقه الموصى له؛ لأن الوصية اعتبارها عند الموت؛ فالحادث قبل الموت يحدث على ملك الورثة، وكذلك الصوف المنفصل، واللبن المنفصل قبل الموت؛ لما قلنا فإما إن كان متصلاً بها ـ فهو للموصى له، وإن حدث قبل الموت؛ لأنه لا ينفرد عنها بالتمليك.

قال: ولو استهلكت الورثة لبن الشاة، أو صوفها، وقد حدث بعد الموت ـ فعليهم

ضمانة؛ لأن الموصى له ملكه بملك الأصل؛ فيكون مضموناً بالإتلاف. قال: ولو قال: أوصيت له بشاة من غنمي هذه، أو بجارية من جواري هؤلاء،أو قال: قد أوصيت له بإحدى جاريتي هاتين - فهذا على هذه الغنم، وهؤلاء الجواري؛ لأنه عين الموصى به، وهو الشاة من الغنم المشار إليها، حتى لو ماتت الغنم، أو باعها بطلت الوصية؛ كما لو قال: أوصيت بهذه الشاة، أو بهذه الجارية، فهلكت.

ولو ولدت الغنم، أو الجواري في حال حياة الموصي، ثم أراد الورثة أن يعطوه من الأولاد ليس لهم ذلك؛ لأن الوصية تعلقت بعين مشار إليها، وإن لم يثبت الملك فيها ينزل في غيرها؛ فإن دفع الورثة إليه جارية من الجواري لم يستحق ما ولدت قبل الموت؛ لأن الوصية لم تكن وجبت فيها؛ لأن الملك في الوصية إنما ينتقل بالموت، فما حدث قبل الموت يحدث على ملك الميت؛ فيكون للورثة، وما ولدت بعد الوت؛ فهو للموصى له؛ لأنه ملكها بالموت؛ فحدث الولد على ملكه. قال: فإن ماتت الأمهات كلها إلا واحدة - تعينت الوصية فيها؛ لأنه لم يبق من يزاحمها في تعلق الوصية؛ فتعينت ضرورة انتفاء المزاحم؛ فإن ماتت الأمهات كلها، وقد بقي لها أولاد حدثت بعد الموت، أو أحرق النخل، وبقي لها ثمر حدث بعد الموت؛ فعلى الورثة أن يدفعوا إليه ولد جارية، وثمرة نخلة، لأن الوصية كانت متعلقة بها؛ فيظهر الاستحقاق في الولد الحادث بعده؛ فإذا هلكت الأم - بقي الحق في الولد على حاله، ولا يظهر فيما حدث قبل الموت - والله سبحانه وتعالى أعلم.

فصل

وأما شرائط الركن - فبعضها يرجع إلى نفس الركن، وبعضها يرجع الموصي، وبعضها يرجع إلى الموصى له، وبعضها يرجع إلى الموصى به.

أما الذي يرجع إلى نفس الركن - فهو أن يكون القبول موافقاً للإيجاب؛ فإن خالف الإيجاب - لم يصح القبول؛ لأنه إذا خالفه - لم يرتبط؛ فبقي الإيجاب بلا قبول، فلا يتم الركن.

وبيان ذلك إذا قال لرجلين: أوصيت بهذه الجارية لكما؛ فقبل أحدهما بعد موت الموصي، ورد الآخر - لم يصح القبول؛ لأنه أوصى لهما جميعاً؛ فكان وصية لكل واحد منهما بنصف الجارية، وكانت الجارية بينهما لو قبلاً؛ فإذا رد أحدهما - لم يوجد الشرط، وهو قبولهما جميعاً، فبطلت الوصية.

ولو أوصى بها لإنسان، ثم أوصى بها لآخر؛ فقبل أحدهما الوصية بعد موت الموصي،

ورد الآخر؛ فالنصف للموصى له، والنصف لورثة الموصي؛ لأنه أوصى لكل واحد منهما على حياله، فلا يشترط اجتماعهما في القبول؛ فإذا رد أحدهما بعد موت الموصي ـ لم يتم الركن في حقه، بل بطل الإيجاب في حقه؛ فعاد نصيبه إلى ورثه الموصي، فصح القبول من الآخر؛ فاستحق نصف الوصية، كالشفيعين إذا سلم أحدهما الشفعة بعد قضاء القاضي بالشفعة أن ذلك النصف يكون للمشتري، ولا يكون للشفيع الآخر. وأما الذي يرجع إلى الموصي ـ فأنواع؛ منها: أن يكون من أهل التبرع في الوصية بالمال، وما يتعلق به؛ لأن الوصية بذلك تبرع بإيجابه بعد موته؛ فلا بد من أهلية التبرع؛ فلا تصح من الصبي والمجنون؛ لأنهما ليسا من أهل التبرع، لكونه من التصرفات الضارة المحضة، إذ لا يقابله عوض دنيوي، وهذا عندنا.

وقال الشافعي ـ رحمه الله ـ في أحد قوليه: وصية الصبي العاقل في القرب صحيحة.

واحتج بما روي أن سيدنا عمر ـ رضي الله عنه ـ أجاز وصية غلام يافع[1]، وهو الذي قرب إدراكه؛ ولأن في وصيته نظراً له؛ لأنه يثاب عليه، ولو لم يوص ـ لزال ملكه إلى الوارث من غير ثواب؛ لأنه يزول عنه، جبراً شاء، أو أبى، فكان هذا تصرفاً نافعاً في حقه؛ فأشبه صلاة التطوع؛ وصوم التطوع.

والجواب: أما إجازة سيدنا عمر ـ رضي الله عنه ـ فيحتمل أن وصية ذلك الصبي كانت لتجهيزه، وتكفينه، ودفنه، ووصية الصبي في مثله جائزة عندنا؛ لأنه يثبت من غير وصية.

وأما قوله: يحصل له عوض ـ وهو الثواب ـ فمسلم، لكنه ليس بعوض دنيوي؛ فلا يملكه الصبي؛ كالصدقة، مع ما أن هذا في حد التعارض؛ لأنه كما يثاب على الوصية يثاب على الترك للوارث، بل هو أولى في بعض الأموال؛ لما بينا فيما تقدم وسواء مات قبل الإدراك، أو بعده؛ لأنها وقعت باطلة ـ فلا تنقلب إلى الجواز بالإدراك إلا بالاستئناف، وسواء كان الصبي مأذوناً في التجارة، أو محجوراً؛ لأن الوصية ليست من باب التجارة؛ إذ التجارة معاوضة المال بالمال.

ولو أضاف الوصية إلى ما بعد الإدراك؛ بأن قال: إذا أدركت، ثم مت ـ فثلث مالي لفلان ـ لم يصح؛ لأن عبارته لم تقع صحيحة؛ فلا تعتبر في إيجاب الحكم بعد الموت، ولا تصح وصية العبد المأذون والمكاتب؛ لأنهما ليسا من أهل التبرع ولو أوصيا، ثم أعتقا، وملكا مالاً، ثم ماتا ـ لم تجز؛ لوقوعها باطلة من الابتداء، ولو أضاف أحدهما الوصية إلى ما بعد العتق؛ بأن قال: إذا أعتقت، ثم مت؛ فثلث مالي لفلان ـ صح، فرقا بين العبد والصبي.

ووجه الفرق: أن عبارة الصبيّ فيما يتضرر به ملحقة بالعدم؛ لنقصان عقله؛ فلم تصح عبارته من الأصل، بل بطلت، والباطل لا حكم له، بل هو ذاهب متلاشى في حق الحكم،

فأما عبارة العبد فصحيحة، لصدورها عن عقل مميز، إلا أن امتناع تبرعه لحق المولى؛ فإذا عتق - فقد زال المانع - والله سبحانه وتعالى أعلم.

ومنها: رضا الموصي؛ لأنها إيجاب ملك، أو ما يتعلق بالملك، فلا بد فيه من الرضا؛ كإيجاب الملك بسائر الأشياء؛ فلا تصح وصية الهازل والمكره والخاطىء؛ لأن هذه العوارض تفوت الرضا، وأما إسلام الموصي - فليس بشرط لصحة وصيته؛ فتصح وصية الذمي بالمال للمسلم، والذمي في الجملة[1]؛ لأن الكفر لا ينافي أهلية التمليك.

---

(١) إذا أوصى مسلم لمثله أو كافر لمثله فلا نعلم خلافاً في صحة الوصية متى استوفت شرائط الصحة.
أما إذا أوصى المسلم بكافر أو الكافر لمسلم وإذا أوصى المسلم لكافر فإما أن يكون الكافر ذمياً أو غير ذمي. فأما حكم الوصية للذمي فلا نعلم خلافاً بين الفقهاء في جواز الوصية. ومستندهم في ذلك الكتاب والسنة والآثار أما الكتاب: فقوله تعالى: ﴿لاَ يَنْهَاكُمُ الله عن الَّذِينَ لَمْ يُقَاتِلُوكُمْ فِي الدِّين وَلَمْ يُخْرِجُوكُمْ مِنْ دِيَارِكُمْ أَنْ تَبَرُّوهُمْ﴾ دلت الآية على عدم النهي عن بر الذميين معللة ذلك بأنهم لم يقاتلونا في الدين ولم يخرجونا من ديارنا. وإذا لم يكن المسلمون منهيين عن البر بالذميين. والوصية نوع بر تصح لهم.
وأيضاً قوله تعالى: ﴿إِلاَّ أَنْ تَفعَلُواْ إِلَى أَوْلِيَائِكُمْ مَعْرُوفاً﴾ وجه الدلالة. أن الوصية باب من أبواب تقديم المعروف والآية أفادت أن الوصية لأولياء المسلمين من اليهود والنصارى جائزة لكونها نزلت في وصية المسلم لليهودي والنصراني روي هذا عن محمد بن الحنفية.
وأما السنة: فما روي عنه ﷺ قَالَ: «فِي كُلِّ ذِي كَبْدٍ رَطْبَةٍ أَجْرِ» فقد دل الحديث على أن الوصية للكافر جائزة إذ أن الثواب لا يرجى مع عدم الجواز.
وأما الأثر فهو ما روى سفيان عن أيوب عن عكرمة أن صفية بنت حيي باعت حجرتها من معاوية بمائة ألف وكان لها أخ يهودي فعرضت عليه أن يسلم فأبى فأوصت له بثلث المائة ألف. وجه الدلالة من ظاهر. فإن صفية كانت مسلمة:
وإذا أوصى الكافر لمسلم فإما أن يكون الكافر ذمياً أو حربياً فإن كان ذمياً وأوصى بخمر أو خنزير لمسلم فلا تجوز الوصية لأن المسلم ممنوع من تملك الخمر والخنزير فلا تكون هناك فائدة في جوازها.
أما إذا أوصى الذمي للمسلم بما سوى الخمر والخنزير فالوصية صحيحة جائزة لأن الذمي كالمسلم في المعاملات بمقتضى عقد ذمته دل على ذلك قوله عليه الصلاة والسلام: «لَهُمْ مَا لَنَا وَعَلَيْهِمْ مَا عَلَيْنا».
وحيث صحت وصية المسلم للمسلم فتصح وصية الذمي للمسلم وأيضاً لأنه التبرع من المسلم للكافر ومن الكافر للمسلم جائز حال الحياة فيجوز التبرع المضاف إلى ما بعد الممات وهو الوصية.
وثالثاً: إن الوصية من الذمي للمسلم عطية من مالك ملكاً تاماً لمحل صالح للتملك فتكون جائزة لصدورها من أهلها في محلها.
أما وصية الْحَرْبِي «مُسْتَأْمَنٌ أَوْ غَيْرُ مُسْتَأْمَنٌ» للمسلم فصحيحة في الجملة عند أكثر الفقهاء ولكن الحنفية شرطوا كون المسلم معهم في دار الإسلام ولا وارث له في تلك الدار. وقيد الشافعية والمالكية الصحة بكون الوصية بما عدا الخمر والخنزير.
ودليل الجواز هو أن كل من الموصي والموصى له حر مالك مميز فيصح تصرفه ويكون جائزاً. ينظر: أثر الاختلاف في الأحكام لشيخنا بدران أبو العنين.

ألا ترى أنه يصح بيع الكافر وهبته، فكذا وصيته، وكذا الحربي المستأمن إذا أوصى للمسلم، أو الذمي يصح في الجملة[(١)]؛ لما ذكرنا غير أنه إن كان دخل وارثه معه في دار الإسلام، وأوصى بأكثر من الثلث ـ وقف ما زاد على الثلث على إجازة وارثه؛ لأنه بالدخول مستأمناً التزم أحكام الإسلام، أو ألزمه من غير التزامه؛ لإمكان إجراء الأحكام عليه ما دام في دار الإسلام.

ومن أحكام الإسلام أن الوصية بما زاد على الثلث ممن له وارث تقف على إجازة وارثه، وإن لم يكن له وارث أصلاً ـ تصح من جميع المال؛ كما في المسلم والذمي، وكذلك إذا كان

---

(١) أما إذا أوصى المسلم لحربي غير مستأمن:
فقد اختلف الفقهاء في حكمها أيضاً. فذهب أحمد ومالك والشافعي إلى القول بصحتها. وذهب الحنفية إلى القول بعدم صحتها نص على ذلك محمد بن الحسن في السير الكبير قال: «ووصية المسلم أو الذمي لحربي في دار الحرب لا تكون صحيحة وإن أجازها الورثة».
استدل الحنفية: أولاً: بقوله تعالى: ﴿إِنَّما يَنْهَاكُمُ الله عَنْ الَّذِينَ قَاتَلُوكُمْ فِي الدِّينَ﴾ وجه الدلالة أن الآية أفادت عدم جواز البر بمن يقاتلنا في الدين والمراد بهم الحربيون. ولما كانت الوصية نوع بر فلا تجوز لهم من المسلمين.
ونوقش: بأن الآية إنما نهت عن تولي أهل الحرب كما جاء في آخر الآية في قوله: ﴿أَنْ تَوَلَّوهُمْ وَمَنْ يَتَوَلَّهُمْ مِنْكُمْ فَأُولئكَ هُمُ الظَّالِمُونَ﴾ فلم تتعرض للنهي عن برهم. وإذن فلا دلالة فيها على منع الوصية.
واستدلوا ثانياً: بأن في جواز الوصية من المسلم للحربي إعانة له على إلحاق الضرر بالمسلمين وهو غير جائز.
واستدلوا ثالثاً: ـ إن الله أباح أموال المشركين للمسلمين دون العكس. وفي جواز الوصية لهم قلب المشروع فلا تجوز.
ونوقش: بأن أموال المشركين إنما أبيحت بالمغالبة أما الوصية ففيها معنى المسالمة فافترقا.
واستدل الجمهور على الصحة: ـ أولاً.
بما روى البخاري عن عبد الله بن دينار عن ابن عمر أن رسول الله ﷺ أَعْطَى عُمَرَ حُلَّةً مِنْ حَرِيرٍ فَقَالَ يَا رَسُولَ الله كَسَوْتَنِيهَا وَقَدْ قُلْتَ فِي حِلَّة عَطَارد ما قُلْتُ. فقال أنا لم أعطكها لتلبسها فكساها عمر أخاً مشركاً له بمكة». دل هذا الحديث على أن البر بالمشركين الحربيين جائز غير ممنوع لأن فعل عمر هذا دليل شرعية. وإذا كانت الوصية نوع بر جازت كسائر الصدقات.
ثانياً: ما روى البخاري عن أسماء بنت أبي بكر قالت قدمت علي أمي وهي مشركة في عهد رسول الله ﷺ فاسْتَفْتَيْتُ رسول الله قلت وهي راغبة أفأصِلُ أمِّي قال: «نعم صلي أمك». ومعنى راغبة أنها طامعة في شيء تأخذه من أسماء وكانت أمها مشركة ولهذا استأذنت أسماء رسول الله في صلتها [وقيل معنى راغبة أنها راغبة في دين إسماء. أو راغبة في التقرب منها والتودد إليها فدل الحديث على أن بر المخالف في الدين مشروع ولو كان حربياً لأن أم أسماء كانت حربية. والوصية حيث كانت من البر تأخذ حكم الجواز.
واستدلوا ثالثاً: بأن الهبة لما صحت من المسلم للحربي تصح الوصية أيضاً لكونهما في معنى واحد ـ هذه أدلة الفريقين يترجح منها مذهب الجمهور القائل بالجواز. ينظر: أثر الاختلاف في الأحكام لشيخنا بدران أبو العنين، مغني ابن قدامة ٦/ ٥٢١، الشرح الكبير (٤/ ٢٧٩).

له وارث، لكنه في دار الحرب، لأن امتناع الزيادة على الثلث لحق الورثة، وحقهم غير معصوم؛ لأنه لا عصمة لأنفسهم، وأموالهم، فلأن لا يكون لحقهم الذي في مال مورثهم عصمة أولى، وذكر في الأصل.

ولو أوصى الحربي في دار الحرب بوصية، ثم أسلم أهل الدار، أو صاروا ذمة، ثم اختصما إلي في تلك الوصية؛ فإن كانت قائمة بعينها ـ أجزتها، وإن كانت قد استهلكت قبل الإسلام أبطلتها؛ لأن الحربي من أهل التمليك؛ ألا ترى أنه من أهل سائر التمليكات، كالبيع ونحوه؛ فكانت وصيته جائزة في نفسها، إلاَّ أنه ليس لنا ولاية إجراء أحكام الإسلام، وتنفيذها في دارهم؛ فإذا أسلموا، أو صاروا ذمة ـ قدرنا على التنفيذ؛ فننفذها ما دام الموصى به قائماً؛ فأما إذا صار مستهلكاً ـ أبطلنا الوصية، وألحقناها بالعدم؛ لأن أهل الحرب إذا أسلموا، أو صاروا ذمة ـ لا يؤاخذون بما استهلك بعضهم على بعض، وبما اغتصب بعضهم من بعض، بل يبطل ذلك. كذا هذا.

ومنها: ألا يكون على الموصي دين مستغرق لتركته؛ فإن كان لا تصح وصيته؛ لأن الله ـ تبارك وتعالى ـ قدم الدين على الوصية والميراث؛ لقوله ـ تبارك وتعالى ـ في آية المواريث: ﴿مَنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ﴾ [النساء:١١] و﴿. . . يُوصِينَ بِهَا أَوْ دَيْنٍ﴾ [النساء:١٢]، و﴿تُوصُونَ بِهَا أَوْ دَيْنٍ﴾ [النساء:١٢]، و﴿. . . يُوصَىٰ بِهَا أَوْ دَيْنٍ﴾ [النساء:١٢] ويوصي بها أو دين، وتوصون بها أو دين، ويوصين بها أو دين، ولمَا روي عن سيدنا علي ـ رضي الله عنه ـ أنه قال: «إنكم تقرؤون الوصية قبل الدين، وقد شهدت رسول الله ـ ﷺ ـ بدأ بالدين قبل الوصية»(١) أشار سيدنا علي ـ رضي الله عنه ـ إلى أن الترتيب في الذكر لا يوجب الترتيب في الحكم.

وروي أنه قيل لابن عباس ـ رضي الله عنهما ـ: «إنك تأمر بالعمرة قبل الحج، وقد بدأ الله ـ تبارك وتعالى ـ بالحج؛ فقال تبارك وتعالى: ﴿وَأَتِمُّوا الحَجَّ والعُمْرَةَ لله﴾ [البقرة:١٩٦] فقال رضي الله عنه: كيف تقرؤون آية الدين؟ فقالوا: من بعد وصية يوصي بها أو دين، فقال: وبماذا تبدؤون؟ قالوا: بالدين قال ـ رضي الله عنه ـ: هو ذاك»(٢) ولأن الدين واجب، والوصية

---

(١) أخرجه البيهقي في الكبرى (٦/٢٦٧) كتاب الوصايا، باب تبدية الدين على الوصية.

(٢) أخرجه البيهقي في سننه (٦/٢٦٨) كتاب الوصايا، باب تبدية الدين على الوصية.

أخبرنا أبو زكريا بن أبي إسحاق ثنا أبو العباس محمد بن يعقوب أنا الربيع بن سليمان قال قال الشافعي أنا سفيان عن هشام بن حجير عن طاوس عن ابن عباس أنه قيل له كيف تأمر بالعمرة قبل الحج والله عز وجل يقول: ﴿وأتموا الحج والعمرة لله﴾ فقال كيف تقرؤون الدين قبل الوصية أو الوصية قبل الدين قال الوصية قبل الدين قال: فبأيهما تبدؤون قالوا: بالدين قال: فهو ذلك».

تبرع، والواجب مقدم على التبرع، ومعنى تقدم الدين على الوصية والميراث أنه يقضي الدين أولاً، فإن فضل منه شيء ـ يصرف إلى الوصية والميراث، وإلا فلا.

وأما معنى تقدم الوصية على الميراث ـ فليس معناه أن يخرج الثلث، ويعزل عن التركة، ويبدأ بدفعه إلى الموصى له، ثم يدفع الثلثان إلى الورثة لأن التركة بعد قضاء الدين تكون بين الورثة وبين الموصى له على الشركة، والموصى له شريك الورثة في الاستحقاق كأنه واحد من الورثة، لا يستحق الموصى له من الثلث شيئاً، قلَّ، أو كثر، إلا ويستحق منه الورثة ثلثية، ويكون فرضهما معاً، لا يقدم أحدهما على الآخر حتى لو هلك شيء من التركة قبل القسمة يهلك على الموصى له والورثة جميعاً، ولا يعطى الموصى له كل الثلث من الباقي، بل الهالك يهلك على الحقين، والباقي يبقى على الحقين، كما إذا هلك شيء من المواريث بعد الوصايا؛ بخلاف الدين؛ فإنه إذا هلك بعض التركة، وبقي البعض يستوفي كل الدين من الباقي، وإنما معناه: أنه يحسب قدر الوصية من جملة التركة أولاً؛ لتظهر سهام الورثة، كما تحسب سهام أصحاب الفرائض أولاً؛ ليظهر الفاضل للعصبة، ويحتمل أن يكون معنى قوله تبارك وتعالى: ﴿يُوصِيكُم اللهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ...﴾ إلى قوله تعالى: ﴿مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا﴾ [النساء: ١١] أي: سوى مالكم أن توصوه من الثلث. أوصاكم الله بكذا وتكون (بعد) بمعنى: سوى ـ والله تعالى أعلم.

وأما الذي يرجع إلى الموصى له ـ فمنها أن يكون موجوداً؛ فإن لم يكن موجوداً ـ لا تصح الوصية؛ لأن الوصية للمعدوم لا تصح، وعلى هذا يخرج ما إذا قال: أوصيت بثلث مالي لما في بطن فلانة، أنها إن ولدت لما يعلم أنه كان موجوداً في البطن صحت الوصية، وإلا فلا، وإنما يعلم ذلك إذا ولدت لأقل من ستة أشهر ثم يعتبر ذلك من وقت موت الموصي في ظاهر الرواية، وعند الطحاوي ـ رحمه الله ـ من وقت وجود الوصية.

وجه ما ذكره الطحاوي ـ رحمه الله ـ أن سبب الاستحقاق هو: الوصية؛ فيعتبر وجوده. وجه ظاهر الرواية: أن وقت نفوذ الوصية، واعتبارها في حق الحكم وقت الموت؛ فيعتبر وجوده من ذلك الوقت؛ لأنها إذا جاءت به لأقل من ستة أشهر من وقت الموت، أو من وقت الوصية على اختلاف الروايتين؛ تيقناً أنه كان موجوداً؛ إذ المرأة لا تلد لأقل من ستة أشهر.

وإذا جاءت به لستة أشهر فصاعداً ـ لا يعلم وجوده في البطن؛ لاحتمال أنها علقت بعده؛ فلا يعلم في وجوده بالشك إلا إذا كانت المرأة معتدة من زوجها من طلاق، أو وفاة؛ فولدت إلى سنتين منذ طلقها، أو مات عنها زوجها؛ فله الوصية؛ لأن نسب الولد يثبت من زوجها إلى سنتين، ومن ضرورة ثبات النسب الحكم بوجوده في البطن وقت موت الموصي.

فرق بين الوصية لما في البطن، وبين الهبة لما في البطن: أن الهبة لا تصح، والوصية

صحيحة؛ لأن الهبة لا صحة لها بدون القبض؛ ولم يوجد، والوصية لا تقف صحتها على القبض.

ولو قال: إن كان في بطن فلانة جارية ـ فلها وصية ألف، وإن كان في بطنها غلام ـ فله وصية ألفان؛ فولدت جارية لستة أشهر إلا يوماً، وولدت غلاماً بعد ذلك بيومين ـ فلهما جميع الوصية؛ لأنهما أوصى لهما جميعاً، لكن لأحدهما بألف وللآخر بألفين، وقد علم كونهما في البطن. أما الجارية ـ فلا شك فيها؛ لأنها ولدت لأقل من ستة أشهر، من وقت موت الموصى؛ فعلم أنها كانت موجودة في البطن في ذلك الوقت، وكذا الغلام؛ لأنه لما ولد لأكثر من ستة أشهر بيوم، أو يومين ـ علم أنه كان في البطن مع الجارية؛ لأنه توأم؛ فكان من ضرورة كون أحدهما في البطن كون الآخر كذلك؛ لأنهما علقا من ماء واحد. فإن ولدت غلامين وجاريتين لأقل من ستة أشهر ـ فذلك إلى الورثة يعطون، أي: الغلامين شاؤوا، وأي الجاريتين شاؤوا، إلا أنه ما أوصى لهما جميعاً، وإنما أوصى لأحدهما، وليس أحدهما بأولى من الآخر؛ فكان البيان إلى الورثة؛ لأنهم قائمون مقام المورث، وقيل: إن هذا الجواب على مذهب محمد ـ رحمه الله تعالى ـ فأما على قول أبي حنيفة ـ رضي الله عنه ـ فالوصية باطلة؛ بناء على مسألة أخرى، وهو: ما إذا أوصى بثلث ماله لفلان وفلان، أو أوصى بثلث ماله لأحد هذين الرجلين. روي عن أبي حنيفة ـ رضي الله عنه ـ أن الوصية باطلة. وعند أبي يوسف ومحمد ـ رحمهما الله ـ أنها صحيحة، غير أن عند أبي يوسف الوصية لهما جميعاً، وعند محمد لأحدهما، وخيار التعيين إلى الورثة يعطون أيهما شاؤوا، فقاسوا هذه المسألة على تلك؛ لأن المعنى بجمعهما، وهو جهالة الموصى له.

ومنهم من قال: ههنا يجوز في قولهم جميعاً، وفرق بين المسألتين من حيث إن الجهالة هناك مقارنة للعقد، وههنا طارئة؛ لأن الوصية هناك حال وجودها أضيفت إلى ما في البطن، لا إلى أحد الغلامين، وإحدى الجاريتين، ثم طرأت بعد ذلك بالولادة والبقاء أسهل من الابتداء؛ كالعدة إذا قارنت النكاح منعته من الانعقاد؛ فإذا طرأت عليه ـ لا ترفعه؛ كذا ههنا.

ولو قال: إن كان الذي في بطن فلانة غلاماً ـ فله ألفان، وإن كان جارية ـ فلها ألف؛ فولدت غلاماً، وجارية؛ فليس لواحد منهما شيء من الوصية، لأنه جعل شرط استحقاق الوصية لكل واحد منهما: أن يكون هو كل ما في البطن بقوله: إن كان الذي في بطنها كذا ـ فله كذا، وكل واحد منهما ليس هو كل ما في البطن، بل بعض ما فيه؛ فلم يوجد شرط صحة استحقاق الوصية في كل واحد منهما؛ فلا يستحق أحدهما شيئاً؛ بخلاف المسألة الأولى؛ لأن قوله: إن كان في بطن فلانة جارية ـ فلها كذا، وإن كان في بطنها غلام ـ فله كذا، ليس فيه شرط أن يكون كل واحد كل ما في البطن، بل الشرط فيه أن يكون في بطنها

غلام، وأن يكون في بطنها جارية، وقد كان في بطنها غلام وجارية، فوجد شرط الاستحقاق.

وكذلك لو أوصى بما في بطن دابة فلان أن ينفق عليه أن الوصية جائزة إذا قبل صاحبها. وتعتبر فيه المدة على ما ذكرنا.

هذا هو حكم الوصية لما في البطن، فأما حكم الإقرار بمال لما في بطن فلانة ـ فهذا في الأصل على وجهين:

إما إن بَيَّنَ السبب.

وإما إن لم يبين، بل أطلق.

فإن بين السبب ـ فإما إن بين سبباً هو جائز الوجود، وإما إن بين سبباً هو مستحيل الوجود عادة؛ فإن بين سبباً هو جائز الوجود عادة؛ بأن قال لما في بطن فلانة: عليّ ألف درهم؛ لأني استهلكت ماله، أو غصبت، أو سرقت ـ جاز إقراره في قولهم جميعاً، وإن بين سبباً هو مستحيل الوجود عادة؛ بأن قال لما في بطن فلانة عليّ ألف درهم؛ لأني استقرضت منه ـ لا يجوز في قولهم جميعاً؛ لأنه أسند إقراره إلى سبب هو محال عادة، وإن لم يبين للإقرار سبباً، بل سكت عنه؛ بأن قال لما في بطن فلانة: عليّ ألف درهم، ولم يزد عليه؛ فهذا الإقرار باطل في قولهما، وعند محمد صحيح.

وجه قوله: إن تصرف العاقل يحمل على الصحة، ما أمكن، وأمكن تصحيحه بالحمل على سبب متصور الوجود؛ فيحمل عليه؛ تصحيحاً له.

ولهما أن الإقرار المطلق بالدين يراد به: الإقرار بسبب المداينة؛ لأنه هو السبب الموضوع لثبوت الدين، وأنه في الدين ههنا محال عادة، والمستحيل عادةً؛ كالمستحيل حقيقةً.

ومنها: أن يكون حيًّا وقت موت الموصي، حتى لو قال: أوصيت بثلث مَالي لما في بطن فلانة؛ فولدت لأقل من ستة أشهر من وقت موت الموصي ولداً ميتاً، لا وصية له؛ لأن الميت ليس من أهل استحقاق الوصية؛ كما ليس من أهل استحقاق الميراث؛ بأن ولد ميتاً، وأنها أخت الميراث.

ولو ولدت ولدين حيًّا، وميتاً، فجميع الوصية للحي؛ لأن الميت لا يصلح محلاً لوضع الوصية فيه، ولهذا لو أوصى لحي، وميت ـ كان كل الوصية للحي؛ كما لو أوصى لآدمي، وحائط ـ والله سبحانه وتعالى أعلم.

ومنها: ألا يكون وارث الموصي وقت موت الموصي؛ فإن كان لا تصح الوصية؛ لما

روي عن أبي قلابة - رضي الله عنه - عن رسول الله - ﷺ - أنه قال: «**إِنَّ اللهَ تَبَارَكَ وَتَعَالَىٰ أَعْطَىٰ كُلَّ ذِي حَقٍّ حَقَّهُ فَلاَ وَصِيَّةَ لِوَارِثٍ**» وفي هذا حكاية، وهي ما حكى أن سليمان بن الأعمش - رحمه الله تعالى - كان مريضاً؛ فعاده أبو حنيفة - رضي الله عنه - فوجده يوصي لابنيه؛ فقال أبو حنيفة - رضي الله عنه - إن هذا لا يجوز؛ فقال: ولم يا أبا حنيفة؟ فقال: لأنك رويت لنا أن رسول الله ﷺ قال: «**لا وصية لوارث**». فقال سليمان - رحمه الله -: يا معشر الفقهاء أنتم الأطباء ونحن الصيادلة؛ فقد نفى الشارع - عليه الصلاة والسلام - أن يكون لوارث وصية نصًّا، وأشار إلى تحول الحق من الوصية إلى الميراث على ما بينا فيما تقدم. ولأنا لو جوزنا الوصية للورثة - لكان للموصي أن يؤثر بعض الورثة، وفيه إيذاء البعض، وإيحاشهم؛ فيؤدي إلى قطع الرحم، وأنه حرام، وما أفضى إلى الحرام؛ فهو حرام؛ دفعاً للتناقض[1].

ثم الشرط ألا يكون وارث الموصي وقت موت الموصي، لا وقت الوصية، حتى لو أوصى لأخيه، وله ابن وقت الوصية، ثم مات قبل موت الموصي، ثم مات الموصي - لم تصح الوصية؛ لأن الموصي له - وهو الأخ - صار وارث الموصى عند موته، ولو أوصى لأخيه، ولا ابن له وقت الوصية، ثم ولد له ابن، ثم مات الموصي - صحت الوصية؛ لأن

---

(١) إلا أن يجيز الورثة الوصية فإذا وَصَّى لوارثه بوصية، فلم يجزها سائر الورثة، لم تصح. بغير خلاف بين العلماء. قال ابن المنذر، وابن عبد البر: أجمع أهل العلم على هذا. وجاءت الأخبار عن رسول الله ﷺ بذلك فروى أبو أمامة، قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: «إن الله قد أعطى كل ذي حقٍّ حقه، فلا وصية لوارثٍ». رواه أبو داود. وابن ماجه، والترمذي. ولأن النبيَّ ﷺ منع من عطية بعض ولده، وتفضيل بعضهم على بعض في حال الصحة، وقوة الملك، وإمكان تلافي العدل بينهم بإعطاء الذي لم يعطه فيما بعد ذلك، لما فيه من إيقاع العداوة والحسد بينهم، ففي حال موته أو مرضه، وضعف ملكه، وتعلق الحقوق به، وتعذر تلافي العدل بينهم، أولى وأحرى. وإن أجازها، جازت، في قول الجمهور من العلماء. وقال بعض الحنابلة: الوصية باطلة، وإن أجازها سائر الورثة، إلا أن يعطوه عطية مبتدأةً. أخذا من ظاهر قول أحمد، في رواية حنبل: لا وصية لوارث. وهذا قول المزني، وأهل الظاهر. وهو قول للشافعي، واحتجوا بظاهر قول النبي ﷺ: «لاَ وَصِيَّةَ لِوَارِثٍ»: وظاهر مذهب أحد والشافعي، أن الوصية صحيحة في نفسها. وهو قول جمهور العلماء؛ لأنه تصرف صدر من أهله في محله، فصح، كما لو وصى لأجنبيٍّ، والخبر قد روي فيه: «إلا أن يجيز الورثة». والاستثناء من النفي إثبات، فيكون ذلك دليلاً على صحة الوصية عند الإجازة، ولو خلا من الاستثناء كان معناه لا وصية نافذة أو لازمة، أو ما أشبه هذا، أو يقدر فيه: لا وصية لوارث عند عدم الإجازة من غيره من الورثة. وفائدة الخلاف أن الوصية إذا كانت صحيحة، فإجازة الورثة تنفيذٌ وإجازةٌ محضة، يكفي فيها قول الوارث: أجزت، أو أمضيت، أو نفذت. فإذا قال ذلك، لزمت الوصية. وإن كانت باطلة، كانت الإجازة هبة مبتدأةً، تفتقر إلى شروط الهبة، من اللفظ والقبول والقبض، كالهبة المبتدأة، ولو رجع المجيز قبل القبض فيما يعتبر فيه القبض، صح رجوعه. ينظر المغني (٨/ ٣٩٦ - ٣٩٧).

الأخ ليس بوارثه عند الموت؛ لصيرورته محجوباً بالابن، وإنما اعتبرت الوراثة وقت موت الموصي، لا وقت وصيته؛ لأن الوصية ليست بتمليك للحال؛ ليعتبر كونه وارثاً وقت وجودها، بل هي تمليك عند الموت، فيعتبر ذلك عند الموت، وكذلك الهبة في المرض بأن وهب المريض لوارثه شيئاً، ثم مات ـ أنه يعتبر كونه وارثاً له وقت الموت، لا وقت الهبة؛ لأن هبة المريض في معنى الوصية حتى تعتبر من الثلث، وعلى هذا يخرج ما إذا أوصى لا مرأة أجنبية، وهو مريض، أو صحيح، ثم تزوجها ـ أنه لا يصح.

ولو أقر المريض لامرأة أجنبية بدين، ثم تزوجها ـ جاز إقراره؛ لأن الوصية إنما تصير ملكاً عند موت الموصي؛ فيعتبر كونها وارثة له حينئذٍ، وهي وارثته عند موته؛ لأنها زوجته، فلم تصح الوصية.

فأما الإقرار فاعتباره حال وجوده، وهي أجنبية حال وجوده؛ فاعتراض الزوجية بعد ذلك لا يبطله، وكذا لو وهب لها هبة في مرض موته، ثم تزوجها ـ بطلت الهبة؛ لأن تبرعات المريض مرض الموت تعتبر بالوصايا، ولو أوصى، وهو مريض، أو صحيح لابنه النصراني ـ صح؛ لأنه ليس بوارثه؛ فلو أسلم الابن قبل موته ـ بطلت وصيته؛ لما قلنا: إن اعتبارها بعد الموت، وهو وارث بعد الموت، ولو أقر المريض بدين لابنه النصراني، ثم أسلم ـ لم يجز إقراره عند أصحابنا الثلاثة ـ رحمهم الله تعالى ـ وعند زفر ـ رحمه الله تعالى ـ يصح.

وجه قوله: عَلَيَّ نحو ما ذكرنا في المرأة: أن الإقرار يعتبر حال وقوعه، وأنه غير وارث وقت الإقرار؛ فاعتراض الوراثة بعد ذلك لا يبطل الدين الثابت، كما قلنا في المرأة.

ولنا أن الوراثة، وإن لم تكن موجودة عند الإقرار، لكن سببها كان قائماً، وهو القرابة، لكن لم يظهر عملها للحال؛ لمانع وهو الكفر؛ فعند زوال المانع يلحق بالعدم من الأصل، ويعمل السبب من وقت وجوده، لا من وقت زوال المانع؛ كما في البيع بشرط الخيار أن عند سقوط الخيار يعمل السبب، وهو البيع في الحكم من وقت وجوده، لا من وقت سقوط الخيار، والجامع: أن العامل عند ارتفاع المانع ذات البيع، وذات القرابة، فتستند السببية إلى وقت وجود ذاته؛ فيظهر أنه أقر لوارثه، فلم يصح، أو يقال: إن إقرار المريض لوارثه إنما يرد للتهمة، وسبب التهمة وقت الإقرار موجود، وهو القرابة؛ بخلاف ما إذا أقر لامرأة أجنبية، ثم تزوجها؛ لأن هناك سبب القرابة ـ لم يكن موجوداً وقت الإقرار، لأن السبب هو الزوجية، ولم تكن وقت الإقرار، وإنما وجدت بعد ذلك، وبعد وجودها لا تحتمل الاستناد، فيقتصر على حال وجودها، ولم يكن ذلك إقراراً لوارثه؛ فيصح، ويثبت الدين في ذمته؛ فلا يسقط بحدوث الزوجية، وعلى التقريب الثاني ـ لم يوجد سبب التهمة وقت الإقرار، فيصح.

ولو كان ابنه مسلماً، لكنه مملوك؛ فأوصى له، ثم أعتق - فالوصية باطلة؛ لما ذكرنا أن أوان اعتبار الوصية أوان الموت، وهو وارثه عند الموت، ولو أقر له بالدين، وهو مريض، أو وهب له هبة؛ فقبضها؛ فإن لم يكن عليه دين - جاز ذلك؛ لأنه إذا لم يكن عليه دين - كان الإقرار والهبة لمولاه، وأنه أجنبي عن الموصي، فجاز، وإن كان عليه دين - لا يجوز، لأن الإقرار والهبة يقعان له، لا لمولاه، لأنه يقضي منه ديونه، فتبين أن الإقرار كان لوارثه من طريق الاستناد؛ فلا يصح، أو لا يصح؛ لقيام سبب شبهة التهمة وقت الإقرار؛ كما قلنا في الإقرار لابنه النصراني؛ إذا أسلم.

ولو أوصى لبعض ورثته؛ فأجاز الباقون - جازت الوصية، لأن امتناع الجواز كان لحقهم؛ لما يلحقهم من الأذى والوحشة؛ بإيثار البعض، ولا يوجد ذلك عند الإجازة، وفي بعض الروايات عنه - عليه الصلاة والسلام - أنه قال: «لا وصية لوارث إلا أن يجيزها الورثة».

ولو أوصى بثلث ماله لبعض ورثته، ولأجنبي؛ فإن أجاز بقية الورثة - جازت الوصية لهما جميعاً، وكان الثلث بين الأجنبي، وبين الوارث نصفين، وإن ردوا جازت في حصة الأجنبي، وبطلت في حصة الوارث.

وقال بعض الناس يصرف الثلث كله إلى الأجنبي، لأن الوارث ليس بمحل للوصية؛ فالتحقت الإضافة إليه بالعدم؛ كما لو أوصى لحي وميت أن الوصية كلها للحي؛ لما قلنا؛ كذا هذا. وهذا غير سديد؛ لأن الوصية للوارث ليست وصية باطلة، بدليل: أنه لو اتصلت بها الإجازة - جازت، وللباطل لا يحتمل الجواز بالإجازة، وبه تبين أن الوارث محل للوصية؛ لأن التصرف المضاف إلى غير محله يكون باطلاً، دلّ أنه محل، وأن الإضافة إليه وقعت صحيحة، إلا أنها تبطل في حصته برد الباقين، وإذا وقعت صحيحة - فقد أوصى لكل واحد منهما بنصف الثلث، ثم بطلت الوصية في حق الوارث بالرد، فبقيت في حق الأجنبي على حالها؛ كما لو أوصى لأجنبيين؛ فرد أحدهما دون الآخر، بخلاف المريض إذا أقر بدين لبعض ورثته، ولأجنبي، كما إذا أقر لهما بألف درهم، والوارث مع الأجنبي تصادقا أنه لا يصح لهما الإقرار أصلاً، لا للوارث، ولا للأحنبي، لأن الوصية تمليك، فبطلانه في حق أحدهما لا يوجب البطلان في حق الآخر، لأنه لا يوجب الشركة، والإقرار لهما بالدين إخبار عن دين مشترك بينهما، فلو صح في حق الأجنبي - لكان فيه قسمة الدين قبل القبض، وإنها باطلة، ولأنه إذا كان إخباراً عن دين مشترك بينهما - فالوارث يشارك الأجنبي فيما يقبض، ثم تبطل حصته، وفيه إقرار للوارث، وأنه باطل، بخلاف الوصية، فإن الوارث لا يشارك الأجنبي وإذا بطل الإقرار أصلاً - تقسم التركة بين ورثة المقر، فما أصاب الوارث المقر له من ذلك يكون بينه وبين الأجنبي إلى تمام الإقرار، وما زاد على ذلك - يكون للوارث، لأنهما إذا تصادقا - في زعمهما أن هذا القدر دين على الميت، والدين مقدم على الميراث.

هذا إذا تصادقا، فإن تكاذبا، أو أنكر الأجنبي شركة الوارث، أو ردّ الورثة إقراره ـ فالإقرار باطل أيضاً في قول أبى حنيفة، وأبي يوسف ـ رحمهما الله ـ لما ذكرنا وإذا بطل كان المال ميراثاً بين ورثة المقر فما أصاب الوارث ـ فهو له كله، ولا شركة للأجنبي فيه، لأنه يكذبه في ذلك، وعند محمد يصح إقراره في حق الأجنبي، ويكون له خمسمائة.

وإن كان الأجنبي يكذب الوارث والوارث يصدقه في ذلك فالخمسمائة مما أصابه للأجنبي لأنه لما صدقه الوارث، فقد أقرّ أنه كان له على الميت خمسمائه دين، وأنه مقدم على الميراث، إلا أنه ادعى الشركة فيه، وهو يكذبه في الشركة، فكان القول قول الأجنبي، ويأخذ تلك الخمسمائة كلها.

ولو أوصى لعبد وارثه ـ لا يصح، سواء كان على العبد دين، أو لم يكن أما إذا لم يكن عليه دين ـ فظاهر، لأن الوصية تقع لمولاه، لأن الملك يقع له، فكانت الوصية لوارثه، وإن كان عليه دين ـ فالوصية تقع لمولاه من وجه، لأنه إذا سقط عنه الدين ـ يصير الموصى به للوارث وقت الوصية، فكان وصية للوارث من وجه، فلا تصح إلا إذا عتق قبل موت الموصي، فتصح الوصية، لأن الوصية إيجاب الملك عند موت الموصي، وهو كان حرّاً عند موته، وكذا إذا أوصى لعبد نفسه، فأعتقه قبل موته ـ صحت وصيته له، فإن مات وهو عبد بطلت، لأن وصيته لمولاه ومولاه وارثه.

ولو أوصى لمكاتب وارثه ـ لا يصح، لأن منفعة الوصية تحصل لوارثه في الحال والمآل، في الحال بأداء بدل الكتابة، وفي المآل بالعجز. ولو أوصى لمكاتب نفسه ـ جاز، لأنه إما أن يعتق بأداء بدل الكتابة، فيصير أجنبيّاً، فتجوز له الوصية وإما أن يعجز ويرد في الرق، فيصير ميراثاً لجميع ورثته، لا لبعضهم دون بعض، فلا يكون في هذه الوصية إيثار بعض الورثة على بعض فتجوز، كما لو أوصى بثلث ماله لورثته.

ومنها: ألا يكون قاتل الموصي قتلاً حراماً على سبيل المباشرة، فإن كان لم تصح الوصيه له عندنا، وبه أخذ الشافعي ـ رحمه الله.

وقال مالك ـ رحمه الله ـ: هذا ليس بشرط، وتصح الوصية للقاتل.

واحتج بما ذكرنا من الدلائل، لجواز الوصية في أول الكتاب من غير فصل بين القاتل وغيره، ولأن الوصية تمليك وتملك، والقتل لا ينافي أهلية التمليك.

ولنا ما روي عنه عليه الصلاة والسلام ـ أنه قال: «لاَ وَصِيَّةَ لِقَاتِلٍ»[1] وهذا نص. ويروى أنه قال: «لَيْسَ لِقَاتِلٍ شَيءٌ ذكر الشيء نكرة في محل النفي، فتعم الميراث والوصية جميعاً،

---

(١) تقدم.

وبه تبين أن القاتل مخصوص عن عمومات الوصية، ولأن الوصية أخت الميراث، ولا ميراث للقاتل، لما روي عن سيدنا عمر، وسيدنا علي - رضي الله عنهما - أنهما لم يجعلا للقاتل ميراثاً.

وعن عبيدة السلماني[1] أنه قال: لا يرث قاتل بعد صاحب البقرة.

ويروى لا يورث قاتل بعد صاحب البقرة.

وهذا منه بيان لاجماع المسلمين من زمن سيدنا موسى - عليه الصلاة والسلام - إلى زمن التابعين - رضي الله عنهم - على أنه لا ميراث للقاتل.

وذكر محمد - رحمه الله - هذه الآثار في الأصل، وقال: والوصية - عندنا - بمنزلة ذلك، لا وصية للقاتل، ولأن الورثة تتأذى بوضع الوصية في القاتل، كما يتأذى البعض بوضعها في البعض، فيؤدي إلى قطع الرحم، وأنه حرام، ولأن المجروح إذا صار صاحب فراش - فقد تعلق حق الورثه بماله، نظراً لهم، لئلا يزيل المورث ملكه إلى غيرهم، لعداوة، أو أذى لحقه من جهتهم، فيتضررون بذلك، لكن مع بقاء ملك المورث، نظراً له، لحاجته إلى دفع حوائجه الأصلية، وسبب ثبوت حقهم في مرض الموت: ما هو سبب ثبوت ملكهم بعد الموت، وهو القرابة، فكان ينبغي ألا يملك التبرع بشيء من ماله، إلا أنه ملك ذلك على غير القاتل، والوارث بخلاف القياس، فيبقى الأمر فيهما على أصل القياس، ولأن القتل بغير حق جناية عظيمة، فتستدعي الزجر بأبلغ الوجوه، وحرمان الوصية يصلح زاجراً لحرمان الميراث، فيثبت، وسواء كان القتل عمداً، أو خطأ، لأن القتل الخطأ قتل، وأنه جاز المؤاخذة عليه عقلاً، وسواء أوصى له بعد الجناية، أو قبلها، لأن الوصية إنما تقع تمليكاً بعد الموت، فتقع وصية للقاتل، تقدمت الجناية، أو تأخرت.

ولا تجوز الوصية لعبد القاتل، كان على العبد دين، أو لم يكن، ولا لمكاتبه، لما ذكرنا في عبد الوارث ومكاتبه، وتجوز الوصية لابن القاتل، ولأبويه، ولجميع قرابته، لأن ملك كل واحد منهما منفصل عن ملك صاحبه، فلا تكون الوصية لأحدهما وصية لصاحبه.

ولو اشترك عشرة في قتل رجل، فأوصى لبعضهم بعد الجناية - لم تصح لأن كل واحد منهم قاتل على الكمال، حين وجب القصاص على كل واحد منهم، فكانت وصية لقاتله، فلم تصح.

ولو كان أحدهم عبد الموصي فأوصى لبعضهم بعد الجناية، وأعتق عبده، ثم مات، - فالوصية باطلة، ولا يبطل العتق، ولكن العبد يسعى في قيمته.

---

(١) عبيدة بن عمرو السلماني، بسكون اللام، ويقال: بفتحها، المرادي، أبو عمرو الكوفي، تابعي كبير، مخضرم، فقيه ثبت، كان شريح إذا أشكل عليه شيء سأله، مات سنة اثنتين وسبعين أو بعدها، والصحيح أنه مات قبل سنة سبعين.

ينظر: تقريب التهذيب (ص ٦٤٥) ترجمة (٤٤٤٤).

أما بطلان الوصية ـ فلما ذكرنا أن كل واحد منهم قاتل، فكان الموصى له قاتلاً، فلم تصح الوصية له.

وأما صحة الإعتاق ونفاذه ـ ففيه ضرب إشكال، وهو أن الإعتاق حصل في مرض الموت، والإعتاق في مرض الموت وصية، والوصية للقاتل لا تصح، والعبد قاتل، فينبغي ألا ينفذ إعتاقه.

والجواب عنه من وجهين: أحدهما: أن الإعتاق في مرض الموت ليس بوصية حقيقة، لأن الوصية تمليك، والإعتاق إسقاط الملك، وإزالته لا إلى أبد، وهما متغايران، بل متنافيان حقيقة، وكذا الإعتاق ينجر حكمه للحال، وحكم الوصية يتأخر إلى ما بعد الموت، فلم يكن الإعتاق في مرض الموت وصية حقيقةً، إلا أنه يشبه الوصية من حيث إنه يعتبر من الثلث، لا غير.

والثاني: إن كان في معنى الوصية ـ فالوصية بالاعتاق مردودة من حيث المعنى، وإن كانت نافذة صورة، ألا ترى أن العبد يسعى في قيمته، والسعاية قيمة الرقبة، فكانت السعاية ردّاً للوصية معنى، والعتق بعد وقوعه، وان كان لا يحتمل النقض صورة يحتمله معنى برد السعاية التي هي قيمة الرقبة؟

ولو أوصى لعبده بالثلث، ثم قتله العبد ـ لم تصح وصيته، غير أنه يعتق، ويسعى في جميع قيمته. أما بطلان الوصية ـ فلأنه وصية للقاتل، وأما نفاذ العتق ـ فلأن الوصية للقاتل ليست بباطلة، بل هي صحيحة، ألا ترى أنها تقف على إجازة الورثة في ظاهر الرواية، فإذا أوصى له بثلث ماله ـ فقد أوصى له بثلث رقبته، لأن رقبته من ماله، فدخلت تحت الوصية بالثلث، فلما مات الموصي ـ ملك ثلث رقبته، وتمليك ثلث رقبته منه يكون إعتاقاً لثلثه عند الموت، فيعتق ثلثه عند الموت، ثم ينقض من حيث المعنى برد السعاية، كما لو أعتقه نصاً في مرض موته، أو أضاف العتق إلى ما بعد الموت بالتدبير، غير أن عند أبي حنيفة ـ رضي الله عنه ـ وقعت الوصية له بثلث الرقبة، لأن الإعتاق متجزىء عنده، فيعتق ثلث رقبته، ويسعى في ثلثيه، لأنه معتق البعض، ويسعى في ذلك الثلث للذي عتق ردّاً للوصية معنى بالسعاية، لأنه لا وصية للقاتل، فيرد برد السعاية، وعندهما وقعت الوصية له بكل الرقبة، لأنه عتق كله؛ لأن الإعتاق لا يتجزأ عندهما، ومتى عتق كله يسعى في كل قيمته ردّاً للوصية معنى، فاتفق الجواب، وهو السعاية في جميع قيمته، وإنما اختلف الطريق. ولو أوصى للقاتل، ثم أجازت الورثة الوصية بعد موت الموصي ـ ذكر في الأصل أنه يجوز، ولم يذكر خلافاً.

وذكر في الزيادات أن على قول أبي يوسف ـ لا يجوز، وسكت عن قولهما، فيدل على الجواز عند أبي حنيفة، ومحمد ـ رحمهما الله لأبي يوسف ما روينا عنه ـ عليه الصلاة السلام

أنه قال: «لا وصية لقاتل». وقال عليه الصلاة والسلام: «ليس لقاتل شيء» من غير فصل بين حال الإجازة وعدمها، ولأن المانع من الجواز هو القتل والإجازة لا تمنع القتل.

ولهما أن امتناع الجواز كان لحق الورثة، لأنهم يتأذون بوضع الوصية في القاتل أكثر مما يتأذى البعض بإيثار البعض بالوصية، ثم جازت الوصية للبعض بإجازة الباقين، فههنا أولى. والدليل على أن المانع هو حق الورثة: أن الورثة ينتفعون ببطلان الوصية للقاتل، وحق الإنسان ما ينتفع به، فإذا أجازوا ـ فقد زال المانع، فجازت، ولهذا جازت الوصية لبعض الورثة بإجازة الباقين. كذا هذا.

ولو كان القتل قصاصاً، لا يمنع صحة الوصية، لأنه ليس بقتل حرام. وكذا لو كان القاتل صبياً، لأن قتله لا يوصف بالحرمة، ولهذا لم يتعلق بشيء من ذلك حرمان الميراث، فكذا حرمان الوصية. وكذا القتل تسبيباً لا يمنع جواز الوصية، كما لا يمنع حرمان الميراث على ما عرف في كتاب الفرائض.

وأما الإقرار للقاتل بالدين، فإن صار صاحب فراش ـ لم يجز، وإن كان يذهب ويجيء ـ جاز، لأن إقرار المريض مرض الموت في معنى الوصية. ألا ترى أنه لا يصح لوارثه، كما لا تصح وصيته له؟ وإذا كان يذهب ويجيء ـ كان في حكم الصحيح، فيجوز، كما لو أقر لوارثه في هذه الحالة، وكذا الهبة في المرض في معنى الوصية، فلا تصح للقاتل، وعفو المريض عن القاتل في دم العمد جائز، لقوله تعالى: ﴿وأن تعفوا أقْرَبُ للتّقوى ولا تنسَوْا الفضل بينكم﴾ مطلقاً من غير فصل بين حال المرض والصحة، ولأن المانع من نفاذ تصرف المريض هو تعلق حق الورثة، أو الغرماء، وإنما يتعلق حقهم بالمال، والقصاص ليس بمال، وبهذا علل في الأصل. وإن كان القتل خطأ ـ يجوز العفو من الثلث، لأن القتل الخطأ يوجب المال، فكان عفوه بمنزلة الوصية بالمال، وإنها جائزة من الثلث، ودلت هذه المسألة على أن الدية كلها تجب على العاقلة، ولا يجب على القاتل شيء، لأنه لو وجب ـ لم يصح عفوه من الثلث في حصة القاتل، لأنه يكون وصية للقاتل في ذلك القدر، ولا وصية للقاتل. ولما جاز العفو ههنا من الثلث ـ علم أن الدية لا تجب على القاتل، وإنما تجب على عاقلة القاتل حتى تكون وصية لعاقلة القاتل، ثم الوصية للقاتل إنما لا تجوز إذا لم تجز الورثة، فإن أجازوا ـ جازت ولم يذكر في الأصل اختلافاً.

وذكر في الزيادات قول أبي يوسف: أنها لا تجوز، وإن أجازت الورثة. وسكت عن قول أبي حنيفة ومحمد ـ رحمهم الله تعالى.

وجه قول أبي يوسف: أن المانع من الجواز هو: القتل، وأنه لا ينعدم بالإجازة، ولهذا حرم الميراث، أجازته الورثة، أو لا، ولأنه لما قتله بغير حق ـ صار كالحربي، والوصية للحربي لا تجوز، أجازت الورثة، أم لم تجز، كذا القاتل.

وجه ظاهر الرواية: أن عدم الجواز لمكان حق الورثة، لما ذكرنا في الوصية لبعض الورثة، فيجوز عند إجازتهم، كما جازت لبعض الورثة.

عند إجازة الباقين، بل أولى، لأن من الناس من يقول بجواز الوصية للقاتل، وهو: مالك، ولا أحد يقول بجواز الوصية للوارث، فلما لحقتها الإجازة هناك ـ فلأن تلحقها ههنا أولى.

ومنها: ألا يكون حربياً غير مستأمن، فإن كان ـ لا تصح الوصية له من مسلم، أو ذمي، لأن التبرع بتمليك المال إياه يكون إعانة له على الحراب، وأنه لا يجوز وأما كونه مسلماً ـ فليس بشرط، حتى لو كان ذمياً، فأوصى له مسلم، أو ذمي جاز. وكذا لو أوصى ذميٌ ذمياً، لقوله عليه الصلاة والسلام: فَإِذَا قَبِلُوا عَقْدَ الذِّمَّة فَأَعْلِمْهُمْ أَنَّ لَهُمْ مَا لِلْمُسلِمِينَ وَعَلَيْهِمْ مَا عَلَى المُسْلِمِينَ[١] وللمسلم أن يوصي مسلماً، أو ذمياً، كذا لهم، وسواء أوصى لأهل ملته، أو لغير أهل ملته، لعموم الحديث، ولأن الاختلاف بينه وبين غير أهل ملته لا يكون أكثر من الاختلاف بيننا وبينهم، وذا لا يمنع جواز الوصية، فهذا أولى. وإن كان مستأمناً، فأوصى له مسلم، أو ذميّ ـ ذكر في الأصل: أنه يجوز، لأنه في عهدنا، فأشبه الذمي الذي هو في عهدنا، وتجوز الوصية للذمي، وكذا الحربي المستأمن.

وروي عن أبي حنيفة ـ رضي الله عنه ـ أنه لا يجوز، وهذه الرواية بقول أصحابنا ـ رحمهم الله ـ أشبه، فإنهم قالوا: إنه لا يجوز صرف الكفارة، والنذر، وصدقة الفطر،[٢]

---

(١) تقدم.

(٢) لا نعلم خلافاً بين الفقهاء في عدم جواز دفع المسلم زكاته لكافر ذمياً كان أو حربياً بدليل ما روى البخاري ومسلم عن ابن عباس أن رسول الله ﷺ قال لمعاذ حين بعثه إلى اليمن إنك تأتي قوماً من أهل الكتاب فادعهم إلى شهادة أن لا إله إلا الله وأني رسول الله فإن هم أطاعوك لذلك فأعلمهم أن الله قد فرض عليهم خمس صلوات في كل يوم وليلة. فإن هم أطاعوك فأعلمهم أن الله قد فرض عليهم صدقة تؤخذ من أغنيائهم وترد على فقرائهم الخ الحديث.

وجه الدلالة أن تخصيص الرسول عليه السلام الأخذ من أغنياء المسلمين والصرف إلى فقرائهم دليل على وجوب ذلك دون غيره وأيده عدم ثبوت إجازة ذلك عن الرسول فلم يدفعها لكافر وكذا صحابته من بعده. فتظاهر هذا كله على عدم جواز الظرف إليهم واختلف الفقهاء في ذلك. فذهب الجمهور من الفقهاء الشافعي ومالك وأحمد وزفر وأبو يوسف: في رواية عنه إلى القول بعدم جواز الصرف إلى الكافر.

وذهب الإمام أبو حنيفة وجماعة إلى القول بجواز ذلك، استدل الجمهور: ـ أولاً: بأن صدقة الفطر صدقة مالية وجبت للمحاويج المناسبين في الملة فلا تصرف إلى غيرهم. لأن المقصود منها هو التقوى على =

....

= العبادة والطاعة والمنع عن السؤال في يوم العيد لإقامة الصلاة قال عليه السلام: «اغنوهم عن سؤال هذا اليوم» والمراد يوم الفطر. وحيث كان المقصود لا يتحقق بالصرف إلى أهل الذمة لعدم قيامهم بالصلاة لا تصرف الصدقة إليهم.

ونوقش: بأن المقصود الأصلي من دفع الزكاة في هذا اليوم هو سد حاجة المحتاج وإغناء الفقير بفعل هو قربة. وذلك حاصل بالدفع إلى الذميين المحتاجين لعدم ورود النهي عن برهم والإحسان إليهم.

واستدلوا ثانياً: بقياس صدقة الفطر على زكاة المال فكما لا يصح صرف الثانية إليهم لا تصرف الأولى لأن المعنى الذي لأجله منعت عنهم الزكاة متحقق في صدقة الفطر فكلا الصدقتين صدقة واجبة.

ونوقش: بالفرق بين الزكاة وصدقة الفطر فإن الأولى طهرة للمال. والثانية طهرة للصوم. الأولى وجبت بحولان حول وملك النصاب. والثانية وجبت بسبب رأس يمونه ويلي عليه.

واستدل الحنفية: ـ أولاً: بقوله تعالى: ﴿إِنْ تُبْدُ الصَّدَقَاتِ فَنِعِمَّا هِيَ وَإِنْ تُخْفُوهَا وَتُؤْتُوهَا الْفُقَرَاءَ فَهُوَ خَيْرٌ لَكُمْ﴾ وجه الدلالة. أن الآية أفادت إباحة دفع الصدقات ـ ومنها صدقة الفطر ـ إلى جنس الفقراء من غير تخصيص بمسلم أو بكافر. ومقتضى ذلك أنه يجوز صرف الزكاة وصدقة الفطر إلى الفقير الكافر إلا أن الزكاة قد خصت بحديث معاذ السابق فبقي ما عداها على أصل الجواز.

واستدلوا ثانياً: بقوله تعالى: ﴿لاَ يَنْهَاكُمُ اللهُ عَنِ الَّذِينَ لَمْ يُقَاتِلُوكُمْ فِي الدِّينِ﴾ دلت الآية على جواز البر بمن لم يقاتلنا في الدين والمراد بهم أهل الذمة. ودفع الصدقات ومنها صدقة الفطر بربهم. فلم تكن محظورة.

واستدلوا ثالثاً: بما روى ابن أبي شيبة مرسلاً عن سعيد بن جبير قال قال رسول الله ﷺ: «لاَ تُصدِّقُوا إِلاَّ عَلَى أَهْلِ دِينِكُمْ». فَأَنْزَلَ الله تعالى: ﴿لَيْسَ عَلَيْكَ هُدَاهُمْ وَلَكِنَّ اللهَ يَهْدِي مَنْ يَشَاءُ وَمَا تُنْفِقُوا مِنْ خَيْرٍ فَلِأَنْفُسِكُمْ وَمَا تُنْفِقُونَ إِلاَّ ٱبْتِغَاءَ وَجْهِ اللهِ وَمَا تُنْفِقُوا مِنْ خَيْرٍ يُوَفَّ إِلَيْكُمْ وَأَنْتُمْ لاَ تُظْلَمُونَ﴾ فقال ﷺ: «تَصَدَّقُوا عَلَى أَهْلِ الأَدْيَانِ كُلِّهَا».

وجه الدلالة. أن قوله: «تصدقوا على أهل الأديان» مطلق فيفيد بمقتضى إطلاق جواز صرف الزكاة إلى جميع الكفار لأنهم ضمن أهل الأديان الذي ورد جواز التصدق عليهم ـ وكان مقتضى ذلك أنه يجوز صرف الزكاة إليهم إلا أن حديث معاذ السابق اقتضى عدم جوازه. فتوفيقاً بين الدليلين حمل حديث معاذ على الزكاة. والحديث الذي معنا على ما سواها من الصدقات الواجبة كصدقة الفطر والصدقات المنذورة والكفارات.

فإن قيل: إن حديث معاذ خبر آحاد لا تجوز الزيادة به الكتاب لأنها نسخ أجيب: بأن النص مخصوص بنص مثله هو قوله تعالى: ﴿إِنَّما يَنْهَاكُمُ اللهُ عَنِ الَّذِينَ قَاتَلُوكُمْ﴾. وبالإجماع على أن فقراء أهل الحرب مخرجون من عموم الفقراء فلم يكن التخصيص بالحديث.

وإن قيل: لم لا يكون حديث معاذ شاملاً لصدقة الفطر وغيرها من الكفارات.

أجيب: ـ بأن الصدقات الأخرى فارقت الزكاة من جهة أنه ليس للساعي الذي يوليه الإمام من قبله ولاية أخذها من المتصدق بخلاف الزكاة.

وإن قيل: إن زكاة المال ليس للإمام أخذها الأمر الذي حرم أهل الذمة من أخذها:

أجيب: بأن الأصل فيها هو أخذ الإمام لها. فلما كان زمن عثمان قال للناس: «إِنَّ هَذَا شَهْرُ زَكَاتِكُمْ فَمَنْ كَانَ عَلَيْهِ دَيْنٌ فَلْيُؤَدِّهِ ثُمَّ يتبر بَقِيَّةَ مَالِهِ» فجعل أصحاب الأموال وكلاء عنه في الأداء. وهذا لم يسقط حق الإمام في الأخذ. =

والأضحية إلى الحربي المستأمن، لما فيه من الإعانة على الحراب، ويجوز صرفها إلى الذمي، لأنا ما نهينا عن بّر أهل الذمة، لقوله سبحانه وتعالى: ﴿لاَ يَنْهَاكُمُ اللَّهُ عَنِ الذِينَ لَمْ يُقَاتِلُوكُمْ فِي الدينِ وَلَمْ يُخْرِجُوكُمْ مِنْ دِيَارِكُمْ أَنْ تَبَرُّوهُمْ وَتُقْسِطُوا إِلَيْهِمْ﴾ [الممتحنة:٨] وقيل: إن في التبرع عليه في حال الحياة بالصدقة والهبة روايتين عن أصحابنا، فالوصية له على تلك الروايتين أيضاً. وكذا كونه من أهل الملك ليس بشرط، حتى لو أوصى مسلم بثلث ماله المسجد، أن ينفق عليه في إصلاحه وعمارته وتحصيصه ـ يجوز، لأن قصد المسلم من هذه الوصية التقرب إلى الله ـ سبحانه وتعالى ـ بإخراج ماله إلى الله سبحانه وتعالى لا التمليك إلى أحد.

ولو أوصى المسلم لبيعة، أو كنيسة بوصية ـ فهو باطل، لأنه معصية. ولو أوصى الذميّ بثلث ماله للبيعة، أو لكنيسة ـ أن ينفق عليها في إصلاحها ـ أو أوصى لبيت النار، أو أوصى بأن يذبح لعيدهم، أو للبيعة، أو لبيت النار ذبيحة ـ جاز في قول أبي حنيفة ـ رحمه الله ـ وعندهما لا يجوز.

وجملة الكلام في وصايا أهل الذمة: أنها لا تخلو إما إن كان الموصى به أمراً هو قربة عندنا وعندهم، أو كان أمراً هو قربة عندنا، لا عندهم. وأما إن كان أمراً هو قربة عندهم، لا عندنا، فإن كان الموصى به شيئاً هو قربة عندنا وعندهم، بأن أوصى بثلث ماله أن يتصدق به على فقراء المسلمين، أو على فقراء أهل الذمة، أو بعتق الرقاب، أو بعمارة المسجد الأقصى، ونحو ذلك ـ جاز في قولهم جميعاً، لأن هذا مما يتقرب به المسلمون، وأهل الذمة. وإن كان شيئاً هو قربة عندنا، وليس بقربة عندهم؛ بأن أوصى بأن يحج عنه، أو أوصى أن يبني مسجداً للمسلمين، ولم يبين ـ لا يجوز في قولهم جميعاً؛ لأنهم لا يتقربون به فيما بينهم؛ فكان مستهزئاً في وصيته، والوصية يبطلها الهزل، والهزل ـ وإن كان شيئاً ـ هو قربة عندهم، لا عندنا؛ بأن أوصى بأرض له تبنى بيعة، أو كنيسة، أو بيت نار، أو بعمارة البيعة، أو الكنيسة، أو بيت النار، أو بالذبح لعيدهم، أو للبيعة، أو لبيت النار ذبيحة؛ فهو على الاختلاف الذي ذكرنا أن عند أبي حنيفة ـ رحمه الله ـ يجوز، وعندهما لا يجوز وجه قولهما: إن الوصية بهذه

= واستدلوا رابعاً: بما روى الحجاج عن سالم المكي عن ابن الحنفية قال: «كره الناس أن يتصدقوا على المشركين فأنزل الله ليس عليك هداهم فتصدق الناس عليهم من غير الفريضة.

وبما روى هشام بن عروة عن أسماء قالت أَتَتني أمي في عهد قُرَيْشٍ رَاغبة وَهِيَ مُشْرِكَةٌ فَسَأَلْتَ النَّبي ﷺ أَصِلُهَا قَالَ: نَعَمْ» دلت الروايتان على جواز التصدق على الكفّار وصدقة الفطر منها فكانت جائزة عليهم.

ينظر: أثر الاختلاف في الأحكام لشيخنا بدران أبو العنين، وينظر مغني ابن قدامه (٢/ ٧٠٩) المجموع (٩/ ٢٢٨)، ومنح الجليل ١/ ٣٨٤، والمبسوط ٣/ ١١١.

الأشياء وصية بما هو معصية، والوصية بالمعاصي لا تصح. وجه قول أبي حنيفة: إن المعتبر في وصيتهم ما هو قربه عندهم، لا ما هو قربة حقيقة؛ لأنهم ليسوا من أهل القربة الحقيقيّة؛ ولهذا لو أوصى بما هو قربة عندنا، وليس بقربة عندهم ـ لم تجز وصيته؛ كالحج، وبناء المسجد للمسلمين؛ فدل أن المعتبر ما هو قربة عندهم، وقد وجد ولكنا أمرنا ألا نتعرض لهم فيما يدينون؛ كما لا نتعرض لهم في عبادة الصليب، وبيع الخمر، والخنزير فيما بينهم.

ولو بنى الذمي في حياته بيعة، أو كنيسة، أو بيت نار ـ كان ميراثاً بين ورثته في قولهم جميعاً على اختلاف المذهبين. أما على أصلهما ـ فظاهر؛ لأنه معصية، وأما عنده ـ فلأنه بمنزلة الوقف، والمسلم لو جعل داراً أو وقفاً، إن مات ـ صار ميراثاً. كذا هذا.

فإن قيل: لِمَ لا يجعل حكم البيعة فيما بينهم كحكم المسجد فيما بين المسلمين ـ فالجواب: أن حال المسجد يخالف حال البيعة؛ لأن المسجد صار خالصاً لله ـ تبارك وتعالى ـ وانقطعت عنه منافع المسلمين، وأما للبيعة ـ فإنها باقية على منافعهم؛ فإنه يسكن فيها أساقفتهم، ويدفن فيها موتاهم؛ فكانت باقية على منافعهم؛ فأشبه الوقف فيما بين المسلمين، والوقف فيما بين المسلمين لا يزيل ملك الرقبة عنده. فكذا هذا.

ولو أوصى مسلم بغلة جاريته أن تكون في نفقة المسجد ومؤنته، فانهدم المسجد، وقد اجتمع من غلتها شيء ـ أنفق ذلك في بنائه، لأنه بالانهدام لم يخرج من أن يكون مسجداً، وقد أوصى له بغلتها فتنفق في بنائه وعمارته. والله أعلم.

ومنها: ألا يكون مملوكاً للموصي؛ إذا كانت الوصية بدراهم، أو دنانير مسماة، أو بشيء معين من ماله سوى رقبة العبد، حتى لو أوصى لعبده بدراهم، أو دنانير مسماة، أو بشيء معين من ماله سوى رقبة العبد، ـ لا تصح الوصية؛ لأنه إذ ذاك يكون موصياً لنفسه.

ولو أوصى له بشيء من رقبته؛ بأن أوصى له بثلث رقبته ـ جاز؛ لأن الوصية له بثلث رقبته تمليك ثلث رقبته معه، وتمليك نفس العبد منه يكون إعتاقاً؛ فيصير ثلثه مدبراً في قول أبي حنيفة ـ رحمه الله تعالى ـ وعندهما يصير كله مدبراً؛ لأن التدبير يتجزأ عنده؛ كالإعتاق، وعندهما لا يتجزأ.

ولو أوصى له بثلث ماله ـ جازت وصيته، وعتق ثلثه بعد موته؛ لأن رقبته دخلت في الوصية؛ لأنها ماله؛ فوقعت الوصية عليها، وعلى سائر أملاكه، ثم ينظر إن كان ماله دراهم ودنانير ـ ينظر إلى ثلثي العبد؛ فإن كانت قيمة ثلثي العبد مثل ما وجب له في سائر أمواله ـ صار قصاصاً، وإن كان في المال زيادة ـ تدفع إليه الزيادة، وإن كان في ثلثي قيمة العبد زيادة

ـ تدفع الزيادة إلى الورثة، وإن كانت التركة عروضاً ـ لا تصير قصاصاً إلا بالتراضي؛ لاختلاف الجنس، وعليه أن يسعى في ثلثي قيمته، وله الثلث من سائر أمواله، وللورثة أن يبيعوا الثلث من سائر أمواله حتى تصل إليهم السعاية؛ وهذا قول أبي حنيفة ـ رضي الله عنه ـ وأما عندهما صار كله مدبراً؛ فإذا مات ـ عتق كله، ويكون العتق مقدماً على سائر الوصايا؛ فإن زاد الثلث على مقدار قيمته ـ فعلى الورثة أن يدفعوا إليه؛ فإن كانت قيمته أكثر ـ فعليه أن يسعى في الفضل. والله سبحانه وتعالى أعلم.

ومنها: ألا يكون مجهولاً جهالة لا يمكن إزالتها؛ فإن كان ـ لم تجز الوصية له؛ لأن الجهالة التي لا يمكن استدراكها تمنع من تسليم الموصى به إلى الموصى له؛ فلا تفيد الوصية.

وعلى هذا يخرج ما إذا أوصى بثلث ماله لرجل من الناس أنه لا يصح بلا خلاف، ولو أوصى لأحد هذين الرجلين ـ لا يصح في قول أبي حنيفة ـ رضي الله عنه ـ وعندهما يصح، غير أن عند أبي يوسف ـ رحمه الله ـ الوصية تكون بينهما نصفين، وعند محمد ـ رحمه الله ـ الخيار إلى الوارث يعطي أيهما شاء وجه قول محمد: إن الإيجاب وقع صحيحاً؛ لأن أحدهما، وإن كان مجهولاً، ولكن هذه جهالة تمكن إزالتها.

ألا ترى أن الموصي لو عين: أحدهما: حال حياته لتعين. ثم إن محمداً يقول: لما مات ـ عجز عن التعيين بنفسه؛ فيقوم وارثه مقامه في التعيين، وأبو يوسف يقول: لما مات قبل التعيين ـ شاعت الوصية لهما، وليس أحدهما بأولى من الآخر، كمن أعتق أحد عبديه، ثم مات قبل البيان: أن العتق يشيع فيهما جميعاً؛ فيعتق من كل واحد منهما نصفه. كذا ههنا يكون لكل واحد منهما نصف الوصية. ولأبي حنيفة أن الوصية تمليك عند الموت؛ فتستدعي كون الموصى له معلوماً عند الموت، والموصى له عند الموت مجهول؛ فلم تصح الوصية من الأصل؛ كما لو أوصى لواحد من الناس؛ فلا يمكن القول بالشيوع، ولا يقام الوارث مقام الموصي في البيان؛ لأن ذلك حكم الإيجاب الصحيح، ولم يصح، إلا أن الموصي لو بين الوصية في أحدهما حال حياته ـ صحت؛ لأن البيان إنشاء الوصية لأحدهما؛ فكان وصية مستأنفة لأحدهما عيناً، وإنها صحيحة.

ولو كان له عبدان؛ فأوصى بأرفعهما لرجل، وبأخسهما لآخر، ثم مات الموصي، ثم مات أحد العبدين، ولا يدري أيهما هو ـ فالوصية بطلت في قول أبي حنيفة، وزفر ـ رحمهما الله ـ اجتمعا على أخذ الباقي، أو لم يجتمعا.

وقال أبو يوسف رحمه الله: إن اجتمعا على أخذ الباقي ـ فهو بينهما نصفان، وإن لم يجتمعا على أخذه ـ فلا شيء لهما.

وروي عن أبي يوسف أنه بينهما نصفان، اجتمعا، أو لم يجتمعا.

وعلى هذا يخرج الوصية لقوم لا يحصون أنها باطلة؛ إذا لم يكن في اللفظ ما ينبىء عن الحاجة، وإن كان فيه ما ينبىء عن الحاجة ـ فالوصية جائزة؛ لأنهم إذا كانوا لا يحصون، ولم يذكر في اللفظ ما يدل على الحاجة ـ وقعت الوصية؛ تمليكاً منهم، وهم مجهولون، والتمليك من المجهول جهالة لا يمكن إزالتها لا يصح.

ثم اختلف في تفسير الإحصاء، قال أبو يوسف: إن كانوا لا يحصون إلا بكتاب، أو حساب ـ فهم لا يحصون.

وقال محمد: إن كانوا أكثر من مائة ـ فهم لا يحصون. وقيل: إن كانوا بحيث لا يحصيهم محصٍ حتى يولد منهم مولود، ويموت منهم ميت ـ فهم لا يحصون. وقيل: يفوض إلى رأي القاضي، وإن كان في اللفظ ما يدل على الحاجة ـ كان وصيته بالصدقة، وهي: إخراج المال إلى الله ـ سبحانه وتعالى ـ والله ـ سبحانه وتعالى ـ واحد معلوم، فصحت الوصية. ثم إذا صحت الوصية ـ فالأفضل للوصي أن يعطي الثلث لمن يقرب إليه منهم؛ فإن جعله في واحد؛ فما زاد ـ جاز عند أبي حنيفة، وأبي يوسف، وعند محمد لا يجوز، إلا أن يعطي اثنين منهم فصاعداً، ولا يجوز أن يعطي واحداً إلا نصف الوصية.

وبيان هذه الجملة في مسائل: إذا أوصى بثلث ماله للمسلمين ـ لم تصح؛ لأن المسلمين لا يحصون، وليس في لفظ المسلمين ما ينبىء عن الحاجة؛ فوقعت الوصية، تمليكاً من مجهول؛ فلم تصح.

ولو أوصى لفقراء المسلمين، أو لمساكينهم ـ صحت الوصية؛ لأنهم وإن كانوا لا يحصون، لكن عندهم اسم الفقير والمسكين ينبىء عن الحاجة؛ فكانت الوصية لهم تقرباً إلى الله ـ تبارك وتعالى ـ طلباً لمرضاته، لا لمرضاة الفقير؛ فيقع المال لله ـ تعالى عز وجل ـ ثم الفقراء يتملكون بتمليك الله ـ تعالى ـ منهم. والله ـ سبحانه وتعالى عز شأنه ـ واحد معلوم؛ ولهذا كان إيجاب الصدقة من الله ـ سبحانه وتعالى ـ من الأغنياء على الفقراء صحيحاً، وإن كانوا لا يحصون. وإذا صحت الوصية؛ فلو صرف الوصي جميع الثلث إلى فقير واحد ـ جاز عند أبي حنيفة، وأبي يوسف، وقال محمد: لا يجوز إلا أن يعطي منهم اثنين فصاعداً، ولا يجوز أن يعطى واحداً منهم إلا نصف الثلث.

وجه قول محمد أن الفقراء اسم جمع، وأقل الجمع الصحيح ثلاثة، إلا أنه أقام الدليل على أن الاثنين في باب الوصية يقومان مقام الثلاث؛ لأن الوصية أخت الميراث، والله ـ تعالى ـ أقام الثنتين من البنات مقام الثلاث منهن في استحقاق الثلثين، وكذا الاثنان من

الإخوة والأخوات يقومان مقام الثلاث في نقص حق الأم من الثلث إلى السدس، ولا دليل على قيام الواحد مقام الجماعة، مع ما أن الجمع مأخوذ من الاجتماع، وأقل ما يحصل به الاجتماع اثنان، ومراعاة معنى الاسم واجب ما أمكن. ولهما أن هذا النوع من الوصية وصية بالصدقة، وهي إلزام المال حقًّا لله - تبارك وتعالى - وجنس الفقراء مصرف ما يجب لله - عز وجل - من الحقوق المالية؛ فكان ذكر الفقراء؛ لبيان المصرف، لا لإيجاب الحق لهم؛ فيجب الحق لله - تبارك وتعالى - ثم يصرف إلى من ظهر رضا الله - سبحانه وتعالى - بصرف حقه المال إليه، وقد حصل بصرفه إلى فقير واحد؛ ولهذا جاز صرف ما وجب من الصدقات الواجبة بإيجاب الله - عز وجل - إلى فقير واحد، وإن كان المذكور بلفظ الجماعة بقوله تبارك وتعالى: ﴿إِنَّمَا الصَّدَقَاتُ لِلْفُقَرَاءِ﴾ [التوبة: ٦٠] وقد خرج الجواب عما ذكره محمد - رحمه الله - على أن مراعاة معنى الجمع إنما تجب عند الإمكان؛ فأما عند التعذر - فلا، بل يحمل اللفظ على مطلق الجنس؛ كما في قوله: «والله لا أتزوج النساء». وقوله: «إن كلمت بني آدم، أو إن اشتريت العبيد» أنه يحمل على الجنس، ولا يراعى فيه معنى الجمع حتى يحنث بوجود الفعل منه في واحد من الجنس، وههنا لا يمكن اعتبار معنى الجمع؛ لأن ذلك مما لا غاية له؛ ولا نهاية؛ فيحمل على الجنس؛ بخلاف ما إذا أوصى لمواليه، وله مولى واحد - أنه لا يصرف كل الثلث إليه، بل نصفه؛ لأن هناك ما التزم المال حقًّا لله - تعالى عز وجل - بل ملكه للموالي، وهو اسم جمع؛ فلا بد من اعتباره. وكذا ذلك الجمع له غاية ونهاية؛ فكان اعتبار معنى الجمع ممكناً؛ فلا ضرورة إلى الحمل على الجنس؛ بخلاف جمع الفقراء.

وكذلك لو أوصى لفقراء بني فلان دون أغنيائهم، وبنو فلان قبيلة لا تحصى، ولا يحصى فقراؤهم - فالوصية جائزة؛ لما قلنا، بل أولى، لأنه لما صحت الوصية لفقراء المسلمين - مع كثرتهم - فلأن تصح لفقراء القبيلة أولى؛ فإن لم يقل لفقرائهم، ولكنه أوصى لبني فلان، ولم يزد عليه - فهذا لا يخلو من أحد وجهين: إما إن كان فلان أبا قبيلة، وإما إن لم يكن أبا قبيلة، بل هو رجل من الناس يعرف بأبي فلان؛ فإن كان أبا قبيلة، مثل: تميم، وأسد، ووائل؛ فإن كان بنوه يحصون - جازت الوصية لهم؛ لأنهم إذا كانوا يحصون - فقد قصد الموصي تمليك المال منهم؛ لأن الإخراج إلى الله تعالى - فكان الموصى له بالثلث معلوماً؛ فتصح الوصية له؛ كما لو أوصى لأغنياء بني فلان، وهم يحصون.

ويدخل فيه الذكور والإناث؛ لأن الإضافة إلى أب القبيلة إضافة النسبة؛ كالإضافة إلى القبيلة، ألا يرى أنه يصح أن يقال: هذه المرأة من بني تميم؛ كما يصح أن يقال: هذا الرجل من بني تميم؛ فيدخل فيه كل من ينتسب إلى فلان، ذكراً كان، أو أنثى، غنيًّا كان، أو فقيراً؛ لأنه ليس في اللفظ ما ينبىء عن الحاجة، وصار كما لو أوصى لقبيلة فلان؟.

ولو كان لبني فلان موالي عتاقة يدخلون في الوصية، وكذا موالي مواليهم وحلفائهم وعبيدهم. وكذا لو كان لهم موالي الموالاة؛ لما ذكرنا: أن المراد من قوله: بني فلان؛ إذا كان فلان أبا قبيلة ـ هو القبيلة، لا أبناؤه حقيقة؛ فكان المراد منه: المنتسبين إلى هذه القبيلة، والمنتمون إليهم، والحلفاء والموالي ينتسبون إلى القبيلة وينتمون إليهم في العرف والشرع. قال عليه الصلاة والسلام: «**مَوَالِي القَوْمِ مِنْهُمْ**»[١] وفي رواية: «مَوَالي القوْمِ من أنفسِهِمْ وحليفُهُمْ منهم».

وروي أنه قال في جملة ذلك: «وعَبيدُهُمْ مِنْهُمْ»، ولأن بني فلان إذا كانوا لا يحصون ـ سقط اعتبار حقيقة البنوة؛ فصار عبارة عمن يقع بهم، لهم التناصر، والموالي يقع بهم، لهم التناصر. وكذا الحليف والعديد؛ إذ الحليف: هو الذي حلف للقبيلة أنه ينصرهم، ويذب عنهم، كما يذب عن نفسه، وهم حلفوا له كذلك. والعديد: هو الذي يلحق بهم من غير حلف.

ولو أوصى لقبيلة فلان ـ دخل فيه الموالي؛ لأن المراد من القبيلة: الذين ينسبون إليه، والموالي ينسبون إليه. هذا إذا كانوا يحصون؛ فإن كانوا لا يحصون ـ لا تجوز الوصية؛ لما قلنا في الوصية لبني فلان؛ بخلاف ما إذا أوصى لبني فلان، وهم يحصون، وفلان أب خاص لهم، وليس بأبي قبيلة؛ حيث كان الثلث لبني صلبه، ولا يدخل فيه مواليه؛ لأنه ما جرى العرف هناك أنهم يريدون بهذه اللفظة: المنتسب إليهم؛ فبقيت اللفظة محمولة على الحقيقة؛ ولهذا لا يدخل في الوصية بنو بنيه.

والدليل على التفرقة بين الفصلين: أن زيداً لو أعتق عبداً ـ لا يقول المعتق: أنا من بني زيد؛ إذا كان زيد أباً خاصاً، وإن كان زيد أبا قبيلة ـ يقول المعتق: أنا من بني زيد.

---

(١) رواه أبو داود (٢/ ١٢٣) كتاب الزكاة، باب الصدقة على بني هاشم الحديث (١٦٥٠).

والترمذي (٣/ ٣٧) كتاب الزكاة، باب ما جاء في كراهية الصدقة للنبي ﷺ وأهل بيته ومواليه الحديث (٦٥٧). والنسائي (٥/ ١٠٧) كتاب الزكاة، باب مولى القوم منهم وأحمد في المسند (٦/ ٨، ١٠، ٣٩٠) وابن خزيمة في صحيحه (٤/ ٧٥) رقم (٢٣٤٤) كلهم من طريق الحكم بن عتيبة عن ابن أبي رافع عن أبي رافع.

«أن النبي ﷺ بعث رجلاً من بني مخزوم على الصدقة فقال لأبي رافع: اصحبني كيما نصيب منها فقال: لا حتى آتي رسول الله ﷺ فأسأله فانطلق إلى النبي ﷺ فسأله فقال: «إن الصدقة لا تحل لنا وإن موالي القوم من أنفسهم».

وأخرجه أيضاً النسائي في الكبرى كما في التحفة رقم (١٨ ـ ١٢) من طريق الحكم عن بعض أصحابه أن النبي ﷺ بعث أرقم بن أبي أرقم على الصدقة فقال لأبي رافع: هل لك أن تتبعني؟. . . فذكره.

هذا هو المتعارف عندهم؛ ولأن بني فلان إذا كانوا لا يحصون ـ لم تصح الوصية؛ لأن الوصية وقعت لهم تمليك المال منهم، وهم مجهولون، ولا يمكن أن يجعل هذا وصية بالصدقة؛ لأنه ليس في لفظ «الابن» ما ينبىء عن الحاجة لغة؛ فلا يصح؛ كما لو أوصى للمسلمين أنه لا يصح؛ لجهالة الملك منه، ولم يجعل وصية بالصدقة؛ لما قلنا كذا هذا.

وإن كان أبا نسب، وهو رجل من الناس يعرف، كابن أبي ليلى، وابن سيرين، ونحو ذلك؛ فإن كانوا كلهم ذكوراً ـ دخلوا في الوصية، لأن حقيقة اسم البنين للذكور؛ لأنه جمع الابن؛ فيجب العمل بالحقيقة ما أمكن، وقد أمكن، وإن كانوا كلهم إناثاً ـ لا يدخل فيه واحدة منهن؛ لأن اللفظ لا يتناولهن عند انفرادهن، وإن كانوا ذكوراً وإناثاً ـ فقد اختلف فيه.

قال أبو حنيفة، وأبو يوسف ـ رضي الله عنهم ـ: الوصية للذكور، دون الإناث.

وقال محمد ـ عليه الرحمة ـ: يدخل فيه الذكور والإناث. وهو إحدى الروايتين عن أبي حنيفة، رواه يوسف بن خالد السمتي.

وذكر القدوري في «شرحه مختصر الكرخي» الخلاف بين أبي حنيفة، وصاحبيه، وجه قول محمد ـ رحمه الله ـ أن الذكور مع الإناث إذا اجتمعا ـ غلب الذكور الإناث، ويتناول اسم الذكور: الذكور والإناث، وإن كان لا يتناولهن حالة الانفراد؛ ولهذا تتناول الخطابات التي في القرآن العظيم باسم الجمع الذكور، والإناث جميعاً؛ فكذا في الوصية.

ولهما اعتبار الحقيقة، وهو أن البنين جمع ابن، والابن اسم للذكر حقيقة، وكذا البنون؛ فلا يتناول إلا الذكور؛ ولهذا لم يتناولهن حالة الانفراد؛ فكذا حالة الاجتماع. وهكذا نقول في خطابات القرآن العظيم: إن خطاب الذكور لا يتناول الإناث بصيغته، بل بدليل زائد.

والدليل عليه ما روي أن النساء شَكَوْن إِلَىٰ رَسُول الله ﷺ فَقُلْنَ: يَا رَسُولَ الله، إنَّ الله سُبْحَانَهُ وَتَعَالَىٰ يُخَاطِبُ الرِّجَالَ دُونَنَا، فَنَزَلَ قَوْلُهُ تَبَارَكَ وتَعَالى: ﴿إِنَّ الْمُسْلِمِينَ وَالْمُسْلِمَاتِ﴾ [الأحزاب:٣٥] الآية، فلو كان خطاب الرجال يتناولهن ـ لم يكن لشكايتهن معنى؛ بخلاف ما إذا كان فلان أبا قبيلة، أو بطن، أو فخذ؛ لأن الإضافة إلى القبيلة والبطن والفخذ لا يراد بها الأعيان، وإنما يراد بها الأنساب، وهي أن يكون منسوباً إلى القبيلة والبطن والفخذ، والذكر والأنثى في النسبة على السواءِ، ولهذا يتناولا لاسم الإناث منهم، وإن لم يكن فيهن ذكر، ولا يتناول الاسم من ولد الرجل المعروف الإناث اللاتي لا ذكر معهن، فإن كان لفلان بنو صلب وبنو ابن ـ فالوصية لبني الصلب؛ لأنهم بنوه في الحقيقة.

وأما بنو الابن فبنو بنيه حقيقة لا بنوه، وإنا يسمون بنيه مجازاً، وإطلاق اللفظ يحمل على الحقيقة ما أمكن، فإن لم يكن له بنو الصلب ـ فالوصية لبني الابن؛ لأنهم بنوه مجازاً،

فيحمل عليه عند تعذر العمل بالحقيقة، وأما أبناء البنات فلا يدخلون في الوصية عند أبي حنيفة عليه الرحمة.

وذكر الخصاف عن محمد ـ رحمه الله ـ أنهم يدخلون كأبناء البنين، وسنذكر المسألة إن شاء الله تعالى، فإن كان له ابنان لصلبه ـ فالوصية لهما في قولهم جميعاً؛ لأن اسم الجمع في باب الوصية يتناول الاثنين فصاعداً، فقد وجد من يستحق كل الوصية، فلا يحمل على غيرهم.

وإن كان له ابن واحد لصلبه صرف نصف الثلث إليه؛ لأن المذكور بلفظ الجمع، وليس في الواحد معنى الجمع؛ فلا يستحق الواحد كل الوصية، بل النصف، ويرد النصف الباقي إلى ورثة الموصي، وإن كان له ابن واحد لصلبه وابن ابنه ـ فالنصف لابنه، والباقي يرد على ورثة الموصي في قول أبي حنيفة رضي الله عنه، وعندهما النصف لابنه وما بقي فلابن ابنه، والصحيح قول أبي حنيفة؛ لأن اللفظ الواحد لا يحمل على الحقيقة والمجاز في زمان واحد، وإذا صارت الحقيقة مرادة سقط المجاز، وعندهما يجوز حمل اللفظ الواحد على الحقيقة والمجاز في حالة واحدة، وهذا غير سديد؛ لأن الحقيقة اسم للثابت المستقر في موضعه، والمجاز ما انتقل عن موضعه، والشيء الواحد في زمان واحد يستحيل أن يكون ثابتاً في محله ومنتقلاً عن محله.

ولو كان له بنات وبنو ابن ـ فلا شيء للفريقين في قول أبي حنيفة رضي الله عنه، وفي قولهما هو بينهم بالسوية؛ لأن عند أبي حنيفة ولد الصلب إذا كان حيًّا يسقط معه ولد الولد، غير أن ولد الصلب ههنا البنات على الانفراد، واسم البنين لا يتناول البنات على الانفراد، فلم تصح الوصية في الفريقين جميعاً، وعلى أصلهما تحمل الوصية على ولد الولد إذا لم يْجر أولاد الولد بالوصية، ويتناولهما الاسم على الاشتراك، وصاروا كالبطن الواحد، فيشترك ذكورهم وإناثهم، ولو قال: أوصيت بثلث مالي لإخوة فلان، وهم ذكور وإناث ـ فهو على الخلاف الذي ذكرنا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله، هو للذكور دون الإناث، وعند محمد رحمه الله هو بينهم بالسواء لا يزاد الذكر على الأنثى والحجج على نحو ما ذكرنا في المسألة المتقدمة.

ولو أوصى لولد فلان فالذكر فيه والأنثى سواء في قولهم جميعاً؛ لأن الولد اسم للمولود وأنه يتناول الذكر والأنثى.

ولو كانت له امرأة حامل دخل ما في بطنها في الوصية؛ لأن الوصية أخت الميراث؛ لأن الاستحقاق في كل واحد منهما يتعلق بالموت، ثم الحمل يدخل في الميراث فيدخل في الوصية، فإن كان له بنات وبنو ابن فالوصية لبناته دون بني ابنه، لأن اسم الولد للبنات بانفرادهن حقيقة ولأولاد الابن مجاز، ومهما أمكن حمل اللفظ على الحقيقة لا يحمل على

المجاز، فإن لم يكن له ولد صلب فالوصية لولد الابن يستوي فيه ذكورهم وإناثهم؛ لأنه تعذر العمل بحقيقة اللفظ فيعمل بالمجاز تصحيحاً لكلام العاقل، ولا يدخل أولاد البنات في الوصية في قول أبي حنيفة رضي الله عنه.

وذكر الخصاف عن محمد ـ رحمهما الله ـ أن ولد البنات يدخلون فيها كولد البنين وذكر في «السير الكبير»: إذا أخذ الأمان لنفسه وولده، لم يدخل فيه أولاد البنات، فصار عن محمد رحمه الله روايتان.

وجه رواية الخصاف أن الولد ينسب إلى أبويه جميعاً؛ لأنه ولد أبيه وولد أمه حقيقة؛ لانخلاقه من مائهما جميعاً، ثم ولد ابنه ينسب إليه فكذا ولد بنته، ولهذا يضاف أولاد سيدتنا فاطمة رضي الله تعالى عنها إلى أبيها رسولِ الله ﷺ، وقال ﷺ للحسن رضي الله عنه: «**إِنَّ ٱبْنِي هَذَا لَسَيِّدٌ وَإِنَّ الله تَبَارَكَ وَتَعَالَىٰ يُصْلِحُ بِهِ بَيْنَ الفِئَتَيْنِ**».

وروي أنه عليه الصلاة والسلام قال للحسن والحسين ـ رضي الله عنهما ـ: «**إِنَّ ٱبْنَيَّ لَسَيِّدَا كُهُولِ أَهْلِ الجَنَّةِ**» وكذا يقال لسيدنا عيسى ابن مريم عليه الصلاة والسلام: إنه من بني آدم، وإن كان لا ينتسب إليه إلا من قبل أمه. ولأبي حنيفة أن أولاد البنات ينسبون إلى آبائهم لا إلى أب الأم؛ قال الشاعر [من الطويل].

بَـنُـونَـا بَـنُـو أَبْـنَـائِـنَـا وَبَـنَـاتُـنَـا   بَـنُـوهُـنَّ أَبْـنَـاءُ الـرِّجَـالِ الأَبَـاعِـدِ[1]

---

(١) البيت للفرزدق وهو شاهد على تقديم المبتدأ وتأخير الخبر، لأن المبتدأ محكوم عليه، فلا بد من تقديمه ليتحقق، ويجوز تأخيره حيث لا مانع نحو: قائم زيد، ويجب التزام الأصل لأسباب أحدها: أن يوهم التقديم ابتدائية الخبر بأن يكون معرفتين أو نكرتين متساويتين، ولا قرينة نحو: زيد أخوك، وأفضل منك أفضل مني، فإن كان قرينة جاز التقديم نحو أبو يوسف أبو حنيفة، وقوله بنونا بنو أبنائنا (حيث قدم الخبر وهو بنونا على المبتدأ وهو بنو أبنائنا مع استواء المبتدأ والخبر في التعريف، فإن كلا منهما مضاف إلى ضمير المتكلم وإنما ساغ ذلك لوجود قرينة معنوية تعين المبتدأ منهما، فإنك قد عرفت أن الخبر هو محط الفائدة؛ فما يكون أساس التشبيه. وهو الذي تذكر الجملة لأجله فهو الخبر. ألا ترى أنه لا يحسن أن يكون بنونا هو المبتدأ لأنه يلزم منه أن لا يكون له بنون إلا بني أبنائه، وليس المعنى على ذلك، فجاز تقديم الخبر هنا مع كونه معرفة لظهور المعنى وأمن اللبس.
واعترض ابن هشام على ابن الناظم استشهاده بهذا البيت: «قد يقال إن هذا البيت لا تقديم فيه ولا تأخيره، وأنه جاء على التشبيه المقلوب، كقول ذي الرمة: رمل كأوراك العذارى قطعنه.
فكان ينبغي أن يستشهد بما أنشده في شرح التسهيل من قول حسان بن ثابت:
قبيلة ألأم الأحياء أكرمها. . . وأغدر الناس بالجيران وافيها.
إذ المراد الإخبار عن أكرمها بأنه ألأم الأحياء، وعن وافيها بأنه أغدر الناس لا العكس.
ويجاب عنه من وجهين: أحدهما: أن التشبيه المقلوب من الأمور النادرة والحمل على ما يندر وقوعه =

وأمّا قوله: إن الولد ينسب إلى أبيه وإلى أمه، قلنا: نعم، وبنت الرجل ولده حقيقة، فكان ولدها ولده حقيقة بواسطتها حتى تثبت جميع أحكام الأولاد في حقه، كما تثبت في أولاد البنين؛ إلا أن النسب إلى الأمهات مهجور عادة فلا ينسب أولاد البنات إلى آباء الأمهات بوساطتهن، ولا يدخلون تحت النسبة المطلقة، وأولاد سيدتنا فاطمة ـ رضي الله تعالى عنهم ـ لم تهجر نسبتهم إليها فينسبون إلى رسول الله ﷺ بواسطتها، وقيل: إنهم خصوا بالنسبة إليه عليه الصلاة والسلام تشريفاً وإكراماً لهم. وقد روى بعض مشايخنا عن شمس الأئمة الحلواني رحمه الله في هذا حديثاً عن رسول الله ﷺ أنه قال: **«كُلُّ بَنِي بِنْتٍ بَنُو أَبِيهِمْ إلاَّ أَوْلاَدَ فَاطِمَةَ رَضِيَ الله تَعَالَىٰ عَنْهَا، فَإِنَّهُمْ أَوْلاَدِي»** فإن لم يكن له إلا ولد واحد فالثلث له، سواء كان ذكراً أو أنثى؛ لأن اسم الولد يتناول الولد الواحد فما زاد عليه حقيقة ولا يتناول الجمع.

قال هشام: سألت محمداً عن رجل له ابن وبنت. فقال: أوصيت لفلان بمثل نصيب أحد ابني ثم مات الموصي فكم يجعل للموصىٰ له؟ قال: ذلك إلى الورثة إن شاؤوا أعطوه أقل الأنصباء، قلت له: فإن كان له ابنتان وابن؟ قال: فكذلك أيضاً، قلت: فإن كان له ابنان وبنت، أو ابنان وبنتان، أو بنون وبنات. فقال: قد أوصيت لفلان بمثل نصيب أحد ابني، فقال: يعطي الموصى له في هذا نصيب ابن، وإنما كان كذلك؛ لأنه إذا قال: أحد ابني. وله ابن وبنت، علم أنه سمى الأنثى ابناً؛ لاجتماعها مع الذكر، فدخلت في الكلام، فكان للورثة أن يحملوا الوصية على نصيبهما.

= لمجرد الاحتيال مما لا يجوز أن يصار إليه، وإلا فإن كل كلام يمكن تطريق احتمالات بعيدة إليه، فلا تكون ثمة طمأنينة على إفادة غرض المتكلم بالعبارة. وثانيهما: أن ما ذكره في بيت حسان من أن الغرض الإخبار عن أكرم هذه القبيلة بأنه ألأم الأحياء، وعن أوفى هذه القبيلة بأنه أغدر الأحياء، هذا نفسه يجري في بيت الشاهد فيقال: إن غرض المتكلم الإخبار عن أبناء أبنائهم بأنهم يشهدن أبناءهم، وليس الغرض أن يخبر عن بنيهم بأنهم يشبهون بني أبنائهم، فلما صح أن يكون غرض المتكلم معيناً للمبتدأ، صح الاستشهاد ببيت الشاهد.

ومنهم من أجاز التقديم مطلقاً ولم يلتفت إلى إيهام الانعكاس، وقال الفائدة تحصل للمخاطب. سواء قدم الخبر أم أخر، وقد أجاز ابن السيد في قوله: شر النساء البحاتر. أن يكون شر النساء مبتدأ والبحاتر خبره، وعكسه؛ ومنهم من منع التقديم مطلقاً ولم يفصل بين ما دل عليه المعنى وغيره. وذهب الكوفيون إلى أنه لا يجوز تقديم خبر المبتدأ عليه، وذهب البصريون إلى جواز التقديم واستدلوا بقول الشاعر:

بنونا بنو أبنائنا

ينظر خزانة الأدب ١/ ٤٤٤.

ابن يعيش ١/ ٩٩، ٩/ ١٣٢، الانصاف ٦٦، الهمع ١/ ١٠٢، شرح شواهد المغني ٢٨٧ دلائل الإعجاز ـ ٢٤٠، التصريح بمضمون التوضيح ١/ ١٧٣، الدرر اللوامع ١/ ٧٦، منهج السالك ـ ٢١٠. ارتشاف الضرب ٢/ ٤١، العيني ١/ ٥٣٢، شرح ابن عقيل ١/ ٢٣١، الأشموني ١/ ٢٨١ شرح اللمع ١/ ٥٨، الكافية ١/ ٩٧.

وإذا كان له بنون وبنات، أو ابنان وبنات. فقال: أحد بني يقع على الذكور، فتحمل الوصية على نصيب واحد منهم دون نصيب البنات، قال محمد رحمه الله: فإذا كان له بنت وابن، أو ابن وبنتان، أو ابن وبنات ـ فالابن وحده لا يكون بنين، والأمر على ما ذكره محمد؛ لأن اسم الجمع لا يتناول الواحد فلا بد من إدخال الإناث معه فحملت الوصية على نصيب أحدهم، فهذا إشارة إلى اعتباره حقيقة اللفظ، وأن الاسم يحمل على الذكور إلا عند التعذر.

ولو أوصى ليتامى بني فلان، فإن كان يتاماهم يحصون جازت الوصية؛ لأنهم إذا كانوا يحصون وقعت الوصية لهم بأعيانهم لكونهم معلومين فأمكن إيقاعها تمليكاً منهم فصحت، كما لو أوصى ليتامى هذه السكة أو هذه الدار، ويستوي فيها الغني والفقير، لأن اليتيم في اللغة اسم لمن مات أبوه ولم يبلغ الحلم، وهذا لا يتعرض للفقر والغنىٰ، وقال الله سبحانه وتعالى: ﴿إِنَّ الَّذِينَ يَأْكُلُونَ أَمْوَالَ الْيَتَامَىٰ ظُلْماً﴾ [النساء: ١٠] وقال عليه الصلاة والسلام: **«ابْتَغُوا فِي أَمْوَالِ الْيَتَامَىٰ خَيْراً كَيْلَا تَأْكُلَهَا الصَّدَقَةُ»**[١] قد سموا يتامى وإن كان لهم مال، فكل صغير مات أبوه يدخل تحت الوصية، ومن لا فلا، فإن كانوا لا يحصون فالوصية جائزة، وتصرف إلى الفقراء منهم؛ لأنها لو صرفت إلى الأغنياء لبطلت لجهالة الموصىٰ له، ولو صرفت إلى الفقراء لجازت؛ لأنها وصية بالصدقة وإخراج للمال إلى الله تعالى، والله تعالى واحد معلوم، وأمكن أن تجعل الوصية للفقراء، وإن لم يكن في اللفظ ما ينبىء عن الحاجة

(١) ذكره الحافظ في «التلخيص» (٢/١٥٨ ـ ١٥٩) وقال أخرجه الشافعي عن عبد المجيد بن أبي رواد عن ابن جريج عن يوسف بن ماهك به مرسلاً ولكن أكده الشافعي بعموم الأحاديث الصحيحة في إيجاب الزكاة مطلقاً، وفي الباب: عن أنس مرفوعاً: «اتجروا في مال اليتامى لا تأكلها الزكاة» رواه الطبراني في الأوسط في ترجمة علي بن سعيد، وروى البيهقي من حديث سعيد بن المسيب عن عمر موقوفاً عليه مثله، وقال: إسناده صحيح، وروى الشافعي عن ابن عيينة عن أيوب عن نافع عن ابن عمر موقوفاً أيضاً، وروى البيهقي من طريق شعبة عن حميد بن هلال سمعت أبا محجن أو ابن محجن وكان خادماً بن أبي لعثمان بن أبي العاص، قال قدم عثمان بن أبي العاص على عمر، فقال له عمر: كيف متجر أرضك؟ فإن عندي مال يتيم قد كادت الزكاة أن تفنيه، قال: فدفعه إليه، وروى أحمد بن حنبل من طريق معاوية بن قرة عن الحكم بن أبي العاص عن عمر نحوه، ورواه الشافعي عن ابن عيينة عن أيوب عن نافع عن ابن عمر موقوفاً أيضاً (٦١٨). وروى مالك في الموطأ عن عبد الرحمن بن القاسم عن أبيه قال: كانت عائشة تليني وأخاً لي يتيماً في حجرها، وكانت تخرج من أموالنا الزكاة، وروى الدارقطني والبيهقي. وابن عبد البر ذلك، من طرق عن علي بن أبي طالب وهو مشهور عنه (تنبيه) روى البيهقي من طريق ليث بن أبي سليم عن مجاهد عن ابن مسعود قال: من ولي مال يتيم فليحص عليه السنين، وإذا دفع إليه ماله أخبره بما فيه من الزكاة، فإن شاء زكى، وإن شاء ترك، وأعله الشافعي بالانقطاع، وبأن ليثاً ليس بحافظ، وفي الباب عن ابن عباس وفيه ابن لهيعة.

لغة، لكنه ينبىء عن سبب الحاجة، وعما يوجب الحاجة بطريق الضرورة؛ لأن الصغر والانفراد عن الأب أعظم أسباب الحاجة، إذ الصغير عاجز عن الانتفاع بماله، ولا بد له ممن يقوم بإيصال منافع ماله إليه، وكذا هو عاجز عن القيام بحفظ ماله واستنمائه ولا بقاء للمال عادة إلا بالحفظ والاستنماء، وهو عاجز عن ذلك كله، فيصير في الحكم، كمن انقطعت عليه منافع ماله بسبب بعده عن ماله وهو ابن السبيل، فصار الاسم بهذه الوساطة منبئاً عن الحاجة، ولهذا المعنى جعل الله لليتامى سهماً من خمس الغنيمة بقوله تبارك وتعالى: ﴿وَٱعْلَمُوا أَنَّمَا غَنِمْتُم مِنْ شَيْءٍ فَأَنَّ الله خُمُسَهُ وَلِلرَّسُولِ وَلِذِي القُرْبَى وَالْيَتَامَىٰ﴾ [الأنفال: ٤١] وقال تبارك وتعالى: ﴿مَا أَفَاءَ الله عَلَىٰ رَسُولِهِ مِنْ أَهْلِ القُرَىٰ فَلِلَّهِ وَلِلرَّسُولِ وَلِذِي القُرْبَىٰ وَالْيَتَامَىٰ﴾ [الحشر: ٧] وأراد به المحتاجين منهم دون الأغنياء، وإذا كان كذلك أمكن تصحيح هذا التصرف بجعله إيصاء بالصدقة، وكذلك إذا أوصىٰ لزمني بني فلان أو لعميانهم؛ لأن الاسم يدل على سبب الحاجة عادة وهو الزمانة والعمى، بخلاف ما إذا أوصى لبني فلان وهم لا يحصون أنه لا يصح؛ لأنه لا يمكن تصحيحه بطريق التمليك بجهالة الموصى لهم، ولا بطريق الإيصاء بالصدقة؛ لأنه ليس في لفظ الابن ما ينبىء عن الحاجة، ولا ما يوجب الحاجة، وههنا بخلافه على ما بينا فتصح الوصية.

ثم إذا صحت وانصرفت الوصية إلى الفقراء من اليتامى؛ فإن صرف إلى اثنين منهم فصاعداً جاز بالإجماع، وإن صرف جميع الثلث إلى واحد فهو على الخلاف الذي ذكرنا، والأفضل للموصي أن يصرف إلى كل من قدر منهم؛ لأنه أقرب إلى العمل بحقيقة اللفظ وتحقيق مقصود الموصي.

ولو أوصى بثلث ماله لأرامل بني فلان ـ جازت الوصية، سواء كن يحصين أو لا يحصين، أما إذا كن يحصين فلا يشكل، فإن الوصية وقعت تمليكاً منهن بأعيانهن لكونهن معلومات، وكذلك إذا كن لا يحصين؛ لأن في الاسم ما يدل على الحاجة؛ لأن الأرملة اسم لامرأة بالغة فارقت زوجها بطلاق أو وفاة، دخل بها أو لم يدخل، كذا قال محمد رحمه الله.

وقال ابن الأنباري: الأرملة التي لا زوج لها، من قولهم أرمل القوم فهم مرملون، إذا فني زادهم، ومن فني زاده كان محتاجاً فكان في الاسم ما ينبىء عن الحاجة فتقع وصية بالصدقة وإخراج المال إلى الله تبارك وتعالى، والله سبحانه وتعالى واحد معلوم.

وهل يدخل في هذه الوصية الرجال الذين فارقوا أزواجهم؟ قال عامة العلماء رضي الله عنهم: لا يدخلون.

وقال الشافعي رحمه الله: يدخل في كل من خرج من كرمة فلان، ذكراً كان أو أنثى، وإليه ذهب القتبي[1]، واحتجا بقول جرير[2] الشاعر:

هَـذِي الأَرَامِـلُ قَـدْ قَـضَـيْـتُ حَـاجَـتَـهـا فَـمَـن لِـحَـاجَـةِ هَـذَا الأَرْمَـلِ الـذَّكَـرِ[3]

أطلق اسم الأرمل على الرجال.

ولنا أن حقيقة هذا الاسم للمرأة لما ذكرنا عن محمد وهو من كبار أهل اللغة، روى عنه أبو عبيد وأبو العباس ثعلب وأقرانهم، كما روينا عن الخليل والأصمعي[4] وأقرانهما، وقال الخليل: يقال: امرأة أرملة، ولا يقال: رجل أرمل إلا في المليح من الشعر.

وقال ابن الأنباري رحمه الله: لا يقال: رجل أرمل إلا في الشعر ونحو ذلك؛ ولأن الاسم لما كان مشتقاً من قولهم: أرمل القوم إذا فني زادهم، فالمرأة هي التي فني زادها بموت زوجها؛ لأن النفقة على الزوج لا على المرأة، فإذا مات فقد فني زادها، وبه تبين أن قول جرير محمول على مليح الشعر كما قال الخليل، أو هو شاذ كما قال ابن الأنباري، أو لازدواج الكلام؛ قال الله سبحانه وتعالى: ﴿وَجَزَاءُ سَيِّئَةٍ سَيِّئَةٌ مِثْلُهَا﴾ وقال تعالى: ﴿فَمَنِ ٱعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَٱعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا ٱعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ﴾ [البقرة:١٩٤] وقوله سبحانه وتعالى: ﴿وَإِنْ عَاقَبْتُمْ فَعَاقِبُوا بِمِثْلِ مَا عُوقِبْتُمْ بِهِ﴾ [النحل:١٢٦] وكما قال الشاعر: [من الطويل].

فَـإِنْ تَـنْـكِـحِـي أَنْـكِـحْ وَإِنْ تَـتَـأَيَّـمِـي يَـدَ الـدَّهْـرِ مَـا لَـمْ تَـنْـكِـحِـي أَتَـأَيَّـمِ

---

(١) عبد الله بن مسلم قتيبة الدينوري: أبو محمد: من أئمة الأدب ولد ببغداد في ٢١٣ هـ من كتبه «تأويل مختلف الحديث» أدب الكاتب، المعارف، عيون الأخبار، الاشتقاق مشكل القرآن، العرب وعلومها، تفسير غريب القرآن وغير ذلك كثير توفي سنة ٢٧٦ هـ.
ينظر: وفيات الأعيان: ١: ٢٥١، الأنباري، ٢٢٧، لسان الميزان ٣: ٣٥٧، أدب اللغة: ١٧٠. مجلة المجمع ٢٦: ٢٨٣، دائرة المعارف الإسلامية: ١: ٢٦٠، مجلة الكتاب ٥: ٨٥، الأعلام ٤/ ١٣٧.

(٢) جرير بن عطية بن حذيفة الخطفي بن بدر الكلبي اليربوعي، من تميم: أشعر أهل عصره، ولد في اليمامة سنة ٢٨ هـ، ومات بها سنة ١١٠ هـ.
وعاش عمره كله يناضل شعراء زمنه ويساجلهم، وكان هجاءً مراً - فلم يثبت أمامه غير الفرزدق والأخطل.
وكان عفيفاً، وهو من أغزل الناس شعراً.
ينظر الأعلام ٢/ ١١٩، ووفيات الأعيان ١/ ١٠٢، والشعر والشعراء ص١٧٩.

(٣) ينظر لسان العرب (رمل)، ومقاييس اللغة ٢/ ٤٤٢، ومجمل اللغة ٢/ ٤٢٢، وكتاب العين ٨/ ٢٦٦، وأساس البلاغة (رمل) وتاج العروس (رمل).

(٤) ينظر أساس البلاغة (أيم)، وتاج العروس (أيم)، ولسان العرب (أيم).

ومعلوم أن الرجل لا يسمى أيمًا، لكن أطلق عليه لازدواجه بقوله: وإن تتأيمي، كذا ههنا، وإطلاق الاسم لا ينصرف إلى ما لا يذكر إلا لضرورة تمليح الشعر، وازدواج الكلام، أو في الشذوذ؛ لأن مطلق الاسم ينصرف إلى ما تتسارع إليه الأفهام والأوهام، وذلك ما قلنا.

ولو أوصى لأيامى بني فلان، فإن كن يحصين جازت الوصية لما قلنا، وإن كن لا يحصين لا تجوز؛ لأنه ليس في لفظ الأيم ما ينبىء عن الحاجة لتجعل وصيته بالصدقة؛ لأن الأيم في اللغة اسم لامرأة جومعت في قبلها، فارقها زوجها، وشرحه محمد رحمه الله قال: الأيم كل امرأة جومعت بنكاح جائز أو فاسد، أو فجور ولا زوج لها، غنيةً كانت أو فقيرةً، صغيرةً كانت أو كبيرةً، وليس في هذه المعاني ما ينبىء عن الحاجة فلا يكون إيصاء بالتصدق، بخلاف الوصية لأرامل بني فلان وهن لا يحصين؛ أنها جائزة؛ لأن اسم الأرملة ينبىء عن الحاجة على ما بينا، فجعل وصية بالصدقة.

ثم إذا كن يحصين حتى جازت الوصية، يدخل فيها الصغيرة والبالغة والغنية والفقيرة؛ لأن الاسم في اللغة لا يتعرض لما سوى الأُنوثة، وحلول الجماع بها في قبلها، وفراقها زوجها، وقال الله تبارك وتعالى: ﴿وَأَنْكِحُوا الأَيَامَىٰ مِنْكُمْ﴾ [النور:٣٢] وإنه يتناول الكبيرة والصغيرة حتى يجوز إنكاح الصغار كما يجوز إنكاح الكبار. وكذا لا يتعرض للفقر والغنى لأنه سبحانه وتعالى قال عز من قائل: ﴿إِنْ يَكُونُوا فُقَرَاءَ يُغْنِهِمْ اللهُ مِنْ فَضْلِهِ﴾ [النور:٣٢] ولو كان متعرضاً لشيء من ذلك لم يكن لقوله سبحانه وتعالى: ﴿إِنْ يَكُونُوا فُقَرَاءَ﴾ معنًى.

وهذا الذي ذكرنا أن الأيم اسم لامرأة جومعت في قبلها فارقها زوجها ـ قول عامة المسلمين.

وقال أبو القاسم الصفار البلخي، وأبو الحسن الكرخي رحمهما الله: إن الجماع ليس بشرط لثبوت هذا الاسم، وكذا الأنوثة، بل يقع هذا الاسم على المدخول بها وعلى البكر، ويقع على الرجل كما يقع على المرأة؛ واحتجا بقول الشاعر: [من الرجز]

إنَّ القُبُورَ تَنْكِحُ الأَيَامَىٰ ... النِّسْوَةَ الأَرَامِلَ اليَتَامَىٰ[1]

ومعلوم أن القبر يضم البكر إلى نفسه كما يضم الثيب؛ وقال الشاعر: [من الطويل]

فَإِنْ تَنْكِحِي أَنْكِحْ وَإِنْ تَتَأَيمِي ... يَدَ الدَّهْرِ مَا لَمْ تَنْكِحِي أَتَأَيَّمِ

---

(١) ويروى الشطر الثاني هكذا:
وينكح الأرامل اليتامى.
ينظر لسان العرب (يتم)، وتهذيب اللغة ١٤/ ٣٤٠.

أي أمكث بلا زوج ما مكثت أنت بلا زوج، وقال آخر: [من الطويل]

فَـلاَ تَـنْـكِـحَـنْ جَـبَّـارةً إِنَّ شَـرَّهَـا عَـلَـيْـكَ حَـرَامٌ فَـانْـكِـحَـنْ أَوْ تَـأَيَّـمَـا

والجواب أن حقيقة اللغة ما حكينا عن نقله، اللغة وهم أهل دقائق الألفاظ، فيقبل نقلهم إياها فيما وضعت له، وما ورد في استعمال بعض الفصحاء معدولاً به عن تلك الحقائق فحمل على المجاز، إما بطريق المقابلة والازدواج، أو باعتبار بعض المعاني التي وضع لها الاسم.

والدليل على أن الأنوثة أصل، وأنه لا يقع على الذكر ـ أنه لا يدخل علامة التأنيث فيه. يقال: امرأة أيم، ولا يقال: أيمة، ولو كان الاسم يتناول الذكر والأنثى لفرقوا بينهما بإدخال علامة التأنيث في المرأة.

وذكر الفقيه أبو جعفر الهندواني أن ما ذكر محمد في صفة الأيم جومعت بفجور أو غير فجور مذهبهما، فأما عند أبي حنيفة رحمه الله التي جومعت بفجور لا تدخل في هذه الوصية؛ لأن التي جومعت بفجور بكر لا أيم عنده حتى تزوج كما تزوج الأبكار عنده، ومنهم من قال هذا قولهم جميعاً؛ لأنها أيم حقيقة لوجود الجماع؛ إلا أنها تزوج كما تزوج الأبكار عنده لمشاركتها الأبكار عنده في المعنى الذي أقيم فيه السكوت مقام الرضا. نطقاً في حقها باعتبار السكوت وهو الحياء على ما عرف في مسائل الخلاف.

ولو أوصى لكل ثيب من بني فلان، إن كن يحصين صحت الوصية، لما ذكرنا في المسائل المتقدمة، ويدخل تحت هذه الوصية كل امرأة جومعت بحلال أو حرام، لها زوج أو لم يكن لها زوج، بلغت مبلغ النساء أو لم تبلغ، كذا ذكر محمد، ويدخل فيه الفقيرة والغنية، والصغيرة والكبيرة، لأن اللفظ لا يتعرض لذلك، وقال الله تبارك وتعالى: ﴿ثَيِّبَاتٍ وَأَبْكَاراً﴾ [التحريم:٥] أدخل فيه الصغار والكبار والفقيرات والغنيات، يدل عليه أنهن دخلن فيما يقابله، وهو قوله سبحانه وتعالى: ﴿وأبْكاراً﴾ فكذا في قوله تعالى: ﴿ثَيِّبَاتٍ﴾ فدل الأمر على اشتراط الدخول؛ لأنه قابل الثيبات بالأبكار، وهن اللاتي لم يجامعن فكانت الثيبات اللاتي جومعن لتصح المقابلة، ولا تشترط مفارقتها زوجها بخلاف الأرملة؛ لأن اللغة كذا تقتضي فيتبع فيه وضع أرباب اللغة، ولا يدخل فيه الرجل؛ لأن هذا الاسم لا يتناول الرجل حقيقة، وإن ورد في الحديث عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال: «**وَالثَّيِّبُ بِالثَّيِّبِ جَلْدُ مِائَةٍ وَرَجْمٌ بِالْحِجَارَةِ**»[1]؛ لأن ذلك إطلاق بطريق المجاز للازدواج والمقابلة.

وإن كن لا يحصين لم تجز الوصية؛ لأنه ليس في الاسم ما ينبىء عن الحاجة لما ذكرنا

---

(١) تقدم.

أنه اسم لأنثى من بنات آدم عليه الصلاة والسلام جومعت، وليس في الأوصاف المذكورة في الحد ما ينبىء عن الحاجة، فلا يراد بهذه الوصية إلا التمليك، والمتملك مجهول فلا يصح.

ولو أوصى لكل بكر من بني فلان يجوز إذا كن مَحْصُورات لما قلنا. ويدخل فيه الصغيرة والكبيرة، الغنية والفقيرة، إذ البكر اسم لامرأة لم تجامع بنكاح ولا غيره، كذا قال محمد رحمه الله.

وإطلاق هذا الاسم على الذكر في الحديث وهو قوله ـ عليه الصلاة والسلام ـ: «**البِكْرُ بالبِكْرِ جَلْدُ مِائَةٍ وَتَغْرِيبُ عَامٍ**»[1] بطريق المجاز، وهو المجاز بطريق المقابلة والازدواج، أو كان لها حقيقة ثم غلب استعماله في متعارف الخلق على الأنثى، فصار بحال لا تنصرف أوهام الناس عند إطلاقه إلاّ إلى الأنثى، فيحمل الحديث على المجاز.

ولو كانت عذرتها زالت بالوضوء أو بالوثبة أو بذرور الدم تستحق الوصية؛ لأنها لم تجامع. ومن الناس من خالف محمداً رحمه الله قالوا: إن هذه أيضاً لا تستحق الوصية؛ لأنها ليست ببكر، والصحيح ما ذكره محمد رحمه الله لما ذكرنا. وذكر محمد رحمه الله أن التي زالت بكارتها بفجور لا تكون بكراً ولا تكون لها وصية.

وقال بعض مشايخنا منهم الفقيه أبو جعفر الهندواني رحمه الله: إن هذا قولهما فأما عند أبي حنيفة رحمه الله، فإنها بكر وتستحق الوصية.

ومنهم من قال لا خلاف في أنها لا تستحق الوصية؛ لأنها ليست ببكر حقيقةً، لعدم حد البكارة، وإنما تزوج تزوج الأبكار عند أبي حنيفة رحمه الله لما ذكرنا، والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب.

ولو أوصى لذوي قرابته، أو قراباته، أو لأنسابه، أو لأرحامه، أو لذوي أرحامه، هذه الألفاظ الخمسة سواء، فعند أبي حنيفة الوصية بهذه الألفاظ للأقرب فالأقرب، فالحاصل أن عند أبي حنيفة ـ عليه الرحمة ـ يعتبر في هذه الوصية خمسة أشياء: الرحم المحرم، والأقرب فالأقرب، وجمع الوصية، وهو اثنان فصاعداً، وأن يكون سوى الوالدين والمولودين، وأن يكون ممن لا يرث، وعندهما يدخل في هذه الوصية ذوا الرحم المحرم والقريب والبعيد إلى أقصى أب له في الإسلام، حتى لو أوصى للعلوية والعباسية يصرف الثلث إلى من اتصل بسيدنا عليّ، وبسيدنا العباس رضي الله عنهما، لا إلى من فوقهما من الآباء، ولا خلاف في اعتبار الأوصاف الثلاثة، وهي اعتبار جمع الوصية، وألاّ يكون والداً ولا ولداً، وأن يكون ممن لا يرث.

---

(١) تقدم.

أما الأول فلأن لفظ (ذوي) لفظ جمع، وأقل الجمع في باب الوصية اثنان؛ لأن الوصية أخت الميراث، وفي باب الميراث كذلك، فإن الثنتين من البنات والأخوات ألحقتا بالثلاث فصاعداً في استحقاق الثلثين، وحجب الأم من الثلث إلى السدس على ما مر، حتى لو أوصى لذوي قرابته استحق الواحد فصاعداً كل الوصية؛ لأن ذي ليس بلفظ جمع.

وأما الثاني فلأن الوالد والولد لا يسميان قرابتين عرفاً وحقيقة أيضاً؛ لأن الأب أصل، والولد فرعه وجزؤه، والقريب من يقرب من غيره لا من نفسه، فلا يتناوله اسم القريب، وقال الله سبحانه وتعالى: ﴿الْوَصِيَّةُ لِلْوَالِدَيْنِ وَالأَقْرَبِينَ﴾ [البقرة:١٨] عطف الأقرب على الوالد، والعطف يقتضي المغايرة في الأصل، وإذا لم يدخل الوالد والولد في هذه الوصية، فهل يدخل فيها الجد وولد الولد؟ ذكر في الزيادات أنهما يدخلان ولم يذكر فيه خلافاً.

وذكر الحسن بن زياد عن أبي حنيفة رحمهم الله أنهما لا يدخلان، وهكذا روي عن أبي يوسف رحمه الله وهو الصحيح؛ لأن الجد بمنزلة الأب وولد الولد بمنزلة الولد، فإذا لم يدخل فيها الوالد والولد كذا الجد وولد الولد.

وأما الثالث: فلما اوينَا عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال: «**لاَ وَصِيَّة لِوَارِثٍ**»[1] وإنما الخلاف في موضعين:

أحدهما: أنه يعتبر المحرم عند أبي حنيفة. وعندهما لا يعتبر.

والثاني: أنه يعتبر الأقرب فالأقرب عنده، وعندهما لا يعتبر.

وجه قولهما إنه القريب اسم مشتق من معنى وهو القرب، وهو وجد القرب فيتناول الرحم المحرم وغيره، والقريب والبعيد، وصار كما لو أوصى لإخوته أنه يدخل الإخوة لأب وأم، والإخوة لأب والإخوة لأم لكونه اسما مشتقاً من الإخوة، كذا هذا.

والدليل عليه ما روي عن أبي هريرة رضي الله عنه أنه لما نزل قوله تبارك وتعالى: ﴿وَأَنذِرْ عَشِيرَتَكَ الأَقْرَبِينَ﴾ [الشعراء:٢١٤] جمع رسول الله ﷺ قريشاً فخص وعم، فقال: «**يَا مَعْشَرَ قُرَيْشٍ، أَنْقِذُوا أَنْفُسَكُمْ مِنَ النَّارِ فَإِنِّي لاَ أَمْلِكُ لَكُمْ مِنَ اللهِ تَبَارَكَ وَتَعَالَىٰ ضَرًّا وَلاَ نَفْعاً، يَا مَعْشَرَ بَنِي قُصَيٍّ، أَنْقِذُوا أَنْفُسَكُمْ مِنَ النَّارِ؛ فَإِنِّي لاَ أَمْلِكُ لَكُمْ مِنَ اللهِ عَزَّ شَأْنُهُ ضَرًّا وَلاَ نَفْعاً**»[2] وكذلك قال ـ عليه الصلاة والسلام ـ لبني عبد المطلب، ومعلوم أنه كان فيهم الأقرب والأبعد، وذو الرحم المحرم وغير المحرم، فدل أن الاسم يتناول كل قريب، إلا أنه لا يمكن

---

(١) تقدم.

(٢) تقدم.

العمل بعمومه لتعذر إدخال أولاد سيدنا آدم عليه الصلاة والسلام فيه، فتعتبر النسبة إلى أقصى أب في الإسلام؛ لأنه لما ورد الإسلام صارت المعرفة بالإسلام والشرف به، فصار الجد المسلم هو النسب فتشرفوا به، فلا يعتبر من كان قبله.

ولأبي حنيفة رحمه الله أن الوصية لما كانت باسم القرابة أو الرحم، فالقرابة المطلقة هي قرابة ذي الرحم المحرم؛ ولأن معنى الاسم يتكامل بها، وأما في غيرها من الرحم غير المحرم فناقص، فكان الاسم للرحم المحرم لا لغيره، لأنه لو كان حقيقة لغيره فإما أن يعتبر الاسم مشتركاً أو عاماً، ولا سبيل إلى الاشتراك؛ لأن المعنى متجانس ولا إلى العموم؛ لأن المعنى متفاوت، فتعين أن يكون الاسم لما قلنا حقيقة ولغيره مجازاً، بخلاف الوصية لإخوته؛ لأن مأخذ الاسم وهو الإخوة لا يتفاوت فكان اسماً عاماً فيتناول الكل، وههنا بخلافه على ما بينا؛ ولأن المقصود من هذه الوصية هو صلة القرابة، وهذه القرابة هي واجبة الوصل محرمة القطع لا تلك، والظاهر من حال المسلم الدَّيِّن المسارعة إلى إقامة الواجب، فيحمل مطلق اللفظ عليه، بخلاف ما إذا أوصى لإخوته؛ لأن قرابة الإخوة واجبة الوصل محرمة القطع على اختلاف جهاتها، فهو الفرق بين الفصلين، وجواب أبي يوسف ومحمد رحمهما الله على زعمهما كان يستقيم في زمانهما؛ لأن أقصى أب الإسلام كان قريباً يصل إليه بثلاثة آباء أو أربعة آباء فكان الموصى له معلوماً.

فأما في زماننا فلا يستقيم؛ لأن عهد الإسلام قد طال، فتقع الوصية لقوم مجهولين فلا تصح؛ إلا أنا نقول: إنه يصرف إلى أولاد أبيه، وأولاد جده، وأولاد جد أبيه، وإلى أولاد أمه، وأولاد جدته، وجدة أمه؛ لأن هذا القدر قد يكون معلوماً - فيصرف إليهم، فأما الزيادة على ذلك فلا، والله أعلم.

فإن ترك عمين وخالين، وهم ليسوا بورثته، بأن مات وترك ابناً عمين وخالين، فالوصية للعمين لا للخالين في قول أبي حنيفة رضي الله عنه؛ لأنه يعتبر الأقرب فالأقرب، والعمان أقرب إليه من الخالين؛ فكانا أولى بالوصية، وعندهما الوصية لتكون بين العمين والخالين أرباعاً، لأن القريب والبعيد سواء عندهما.

ولو كان له عم واحد وخالان، فللعم نصف الثلث، وللخالين النصف الآخر؛ لأن الوصية حصلت باسم الجمع، وأقل من يدخل تحت اسم الجمع في الوصية اثنان، فلا يستحق العم الواحد أكثر من نصف الوصية؛ لأن أقل من ينضم إليه مثله، وإذا استحق هو النصف بقي النصف الآخر لا مستحق له أقرب من الخالين، فكان لهما، وعندهما يقسم الثلث بينهم أثلاثاً، لاستواء الكل في الاستحقاق فإن كان له عم واحد ولم يكن له غيره من ذوي الرحم المحرم فنصف الثلث لعمه والنصف يرد على ورثة الموصي عنده؛ لأن العم الواحد لا يستحق أكثر من

النصف، فبقي النصف الآخر لا مستحق له فتبطل فيه الوصية، وعندهما يصرف النصف الآخر إلى ذي الرحم الذي ليس بمحرم.

ولو أوصى لأهل بيته يدخل فيه من جمعه آباؤهم أقصى أب في الإسلام؛ حتى أن الموصي لو كان علويًا يدخل في هذه الوصية كل من ينسب إلى سيدنا علي - رضي الله عنه - من قبل الأب، وإن كان عباسيًا يدخل فيها كل من ينسب إلى العباس - رضي الله عنه - من قبل الأب، سواء كان بنفسه ذكراً أو أنثى بعد أن كانت نسبته إليه من قبل الآباء، ولا يدخل من كانت نسبته من قبل الأم؛ لأن المراد من أهل البيت أهل بيت النسب؛ والنسب إلى الآباء، وأولاد النساء آباؤهم قوم آخرون؛ فلا يكون من أهل بيته، ويدخل تحت الوصية لأهل بيته أبوه وجده إذا كان ممن لا يرث؛ لأن بيت الإنسان أبوه ومن ينسب إلى بيته، فالأب أصل البيت فيدخل في الوصية.

ولا يدخل في الوصية بالقرابة؛ لأن القرابة من تقرب إلى الإنسان بغيره لا بنفسه، وذلك لا يوجد في أب، وكذلك لو أوصى لنسبه أو حسبه فهو على قرابته الذين ينسبون إلى أقصى أب له في الإسلام، حتى لو كان آباؤه على غير دينه دخلوا في الوصية؛ لأن النسب عبارة عمن ينسب إلى الأب دون الأم، وكذلك الحسب فإن الهاشمي إذا تزوج أمة فولدت منه ينسب الولد إليه لا إلى أمه، وحسبه أهل بيت أبيه دون أمه، فثبت أن النسب والحسب يختص بالأب دون الأم، وكذلك إذا أوصى لجنس فلان فهم بنو الأب؛ لأن الإنسان يتجنس بأبيه ولا يتجنس بأمه، فكان المراد منه جنسه في النسب، وكذلك اللحمة عبارة عن الجنس.

وذكر المعلى عن أبي يوسف: إذا أوصىٰ لقرابته، فالقرابة من قبل الأب والأم، والجنس واللحمة من قبل الأب، لأن القرابة من يتقرب إلى الإنسان بغيره، وهذا المعنى يوجد في الطرفين بخلاف الجنس على ما بينا، وكذلك الوصية لآل فلان هو بمنزلة الوصية لأهل بيت فلان فلا يدخل أحد من قرابة الأم في هذه الوصية.

ولو أوصى لأهل فلان فالوصية لزوجة فلان خاصة في قول أبي حنيفة، وعندهما هذا على جميع من يعولهم فلان ممن تضمه نفقته من الأحرار، فيدخل فيه زوجته، واليتيم في حجره، والولد إذا كان يعوله، فإن كان كبيراً قد اعتزل عنه، أو كان بنتاً قد تزوجت فليس من أهله، ولا يدخل فيه مماليكه ولا وارث الموصي ولا الموصي لأهله.

وجه قولهما: إن الأهل عبارة عمن ينفق عليه، قال الله تبارك وتعالى خيراً عن نبيه سيدنا نوح - عليه الصلاة والسلام -: ﴿إِنَّ ٱبْنِي مِنْ أَهْلِي﴾ [هود:٤٥] وقال تبارك وتعالى في قصة لوط عليه الصلاة والسلام: ﴿فَنَجَّيناه وَأَهْلَهُ﴾ [الأنبياء:٢١] ولأبي حنيفة رحمه الله: أن الأهل عند الإطلاق يراد به الزوجة في متعارف الناس، يقال فلان متأهل، وفلان لم يتأهل، وفلان له

أهل، وفلان ليس له أهل، ويراد به الزوجة، فتحمل الوصية على ذلك، ولا يدخل فيه المماليك؛ لأنهم لا يسمون أهل المولى، ولا يدخل فيه وارث الموصي؛ لأنه إن خرج منه لا يدخل، فعند الإطلاق أولى ولا يدخل فلان الذي أوصى لأهله، لأن الوصية وقعت للمضاف إليه، والمضاف غير المضاف إليه فلا يدخل في الوصية، كما لو أوصى لولد فلان أن فلاناً لا يدخل في الوصية لما قلنا، كذا هذا، والله سبحانه وتعالى أعلم.

ولو أوصى بثلث ماله لإخوته، وله ست إخوة متفرقة، وله أولاد يحوزون ميراثه، فالثلث بين إخوته سواء؛ لأنهم في استحقاق الاسم سواء؛ بخلاف الوصية لأقرباء فلان أنه يصرف إلى الأقرب فالأقرب عند أبي حنيفة؛ لأن القرابة تحتمل التفاوت في القرب والبعد وأما الإخوة فلا تحتمل التفاوت، ألا ترى أنه يقال: هذا أقرب من فلان، ولا يقال: هذا أكثر إخوة من فلان.

هذا إذا كان له ولد يجوز ميراثه، فإن لم يكن فلا شيء للإخوة من الأب والأم والإخوة من الأم، لأنهم ورثة ولا وصية لوارث، وللإخوة من قبل الأب ثلث ذلك الثلث؛ لأنهم لا يرثون، ولا يقال: إذا لم تصح الوصية للإخوة لأب وأم وللإخوة لأم: ينبغي أن يصرف كل الثلث إلى الإخوة للأب؛ لأنا نقول: نعم. هكذا لو لم تصح الإضافة إلى الإخوة لأب وأم، وإلى الإخوة لأم، والإضافة إليهم وقعت صحيحة، بدليل أنه لو أجازت الورثة جازت الوصية لهم، وصار هذا كرجل أوصى بثلث ماله لثلاثة نفر فمات اثنان منهم قبل موت الموصي فللباقي منهم ثلث الثلث؛ لأن الإضافة إليهم وقعت صحيحة، كذا هذا، بخلاف ما إذا أوصى لفلان وفلان وأحدهما ميت؛ لأن هناك الإضافة لم تصح؛ لأن الميت ليس بمحل للوصية أصلاً، فلم يدخل تحت الإضافة.

قال أبو يوسف ـ رحمه الله ـ في رجل أوصى بثلث ماله في الصلة، وله إخوة وأخوات وبنو أخ وبنو أخت: يوضع الثلث في جميع قرابته من هؤلاء ومن ولد منهم بعد موته لأقل من ستة أشهر؛ لأن الصلة يراد بها صلة الرحم، فكأنه نص عليه، ومن ولد منهم لأقل من ستة أشهر علم أنه كان موجوداً يوم موت الموصي فيدخل في الوصية.

وذكر محمد رحمه الله في الزيادات إذا أوصى بثلث ماله لأختانه ثم مات، فالأختان أزواج البنات والأخوات والعمات والخالات، فكل امرأة ذات رحم محرم من الموصي فزوجها من أختانه، وكل ذي رحم محرم من زوجها من ذكر وأنثى فهو أيضاً من أختانه، ولا يكون الأختان إلا أزواج ذوات الرحم المحرم ومن كان من قبلهم من ذي الرحم المحرم، ولا يكون من الأختان من كان من قبل نساء الموصي أي زوجاته؛ لأن من ينسب إلى الزوجة فهو صهر. وليس بخَتَنٍ على ما نذكر إن شاء الله تعالى، وقول محمد رحمه الله حجة في اللغة.

وذكر محمد رحمه الله في الإملاء أيضاً: إذا قال قد أوصيت لأختاني فأختانه أزواج كل

ذات رحم محرم من الزوج، فإن كانت له أخت وبنت أخت وخالة، ولكل واحدة منهن زوج، ولزوج كل واحدة منهن أب، فكلهم جميعاً أختان، والثلث بينهم بالسوية، الذكر والأنثى فيه سواء، أم الزوج وأختانه وغير ذلك فيه سواء على ما بينا، فقد نص محمد رحمه الله في موضعين على أن الأختان ما ذكر، وقول محمد حجة في اللغة.

وقال في الإملاء: إذا قال: أوصيت بثلث مالي لأصهاري ـ فهو على كل ذي رحم محرم من زوجته، وزوجة أبيه، وزوجة ابنه، وزوجة كل ذي رحم محرم منه، فهؤلاء كلهم أصهاره، ولا تدخل في ذلك الزوجة، ولا امرأة أبيه، ولا امرأة أخيه وقول محمد رحمه الله حجة في اللغة.

والدليل أيضاً على أن الأصهار مَنْ كان مِنْ أهل الزوجة؛ ما روي أنه عليه الصلاة والسلام لما أعتق صفية، وتزوجها، أعتق من ملك ذا رحم محرم منها إكراماً لها، وكانوا يسمون أصهاره عليه الصلاة والسلام.

وقال في الإملاء: قال أبو حنيفة رضي الله عنه: إذا أوصى فقال: ثلث مالي لجيراني ـ فهو لجيرانه الملاصقين لداره من السكان، عبيداً كانوا أو أحراراً، نساء كانوا أو رجالاً، ذمة كانوا أو مسلمين بالسوية، قربت الأبواب أو بعدت إذا كانوا ملاصقين للدار، وعندهما الثلث لهؤلاء الذين ذكرهم أبو حنيفة رضي الله عنه ولغيرهم من الجيران من أهل المحلة ممن يضمهم مسجد أو جماعة واحدة ودعوة واحدة، فهؤلاء جيرانه في كلام الناس.

وقال في الزيادات عن أبي حنيفة رضي الله عنه: إذا أوصى لجيرانه فقياسه أن يكون للملاصقين، وقول أبي حنيفة عليه الرحمة: ينبغي أن يكون الثلث للسكان وغيرهم ممن يسكن تلك الدور التي تجب لأجلها الشفعة، ومن كان منهم له دار في تلك الدور، وليس بساكن فيها فليس من جيرانه، قال محمد رحمه الله: فأما أنا فأستحسن أن أجعل الوصية لجيرانه الملاصقين ممن يملك الدور وغيرم ممن لا يملكها، ولمن يجمعه مسجد تلك المحلة التي فيها الموصي من الملاصقين وغيرهم السكان ممن في تلك المحلة وغيرهم، سواء في الوصية الأقربون والأبعدون، والكافر والمسلم، والصبي والمرأة في ذلك سواء، وليس للمماليك والمدبرين وأمهات الأولاد في ذلك شيء، وأما المكاتبون فهم في الوصية إذا كانوا سكاناً في المحلة. وجه قولهما: إن اسم الجار كما يقع على الملاصق يقع على المقابل وغيره ممن يجمعهما مسجد واحد، فإن كل واحد منهما يسمى جاراً، وقال عليه الصلاة والسلام: «**لاَ صَلاَةَ لِجَارِ المَسْجِدِ إلاَّ فِي المَسْجِدِ**»[1].

---

(١) تقدم.

وروي أن سيدنا عليًّا رضي الله عنه فسر ذلك فقال: هم الذين يجمعهم مسجد واحد، ولأن مقصود الموصي من الوصية للجار هو البر به، والإحسان إليه، وأنه لا يختص بالملاصق.

ولأبي حنيفة رحمه الله: أن الجوار المطلق ينصرف إلى الحقيقة وهي الاتصال بين الملكين بلا حائل بينهما هو حقيقة المجاورة، فأما مع الحائل فلا يكون مجاوراً حقيقة، ولهذا وجبت الشفعة للملاصق لا للمقابل، لأنه ليس بجار حقيقة. ومطلق الاسم محمول على الحقيقة؛ ولأن الجيران الملاصقين هم الذين يكون لبعضهم على بعض حقوق يلزم الوفاء بها حال حياتهم فالظاهر أنه أراد بهذه الوصية قضاء حق كان عليه، وإذا كان كذلك فتنصرف الوصية إلى الجيران الملاصقين، إلا أنه لا بد من السكنى في الملك الملاصق لملك الموصى، فإذا وجد ذلك صار كأنه جار له فيستحق الوصية.

والمذكور في الحديث جار المسجد، وجار المسجد فسره علي رضي الله عنه، فإذا أوصى لموالي فلان وهو أبو فخذ أو قبيلة، أو لبني فلان، فإنه يصير كأنه قال لموالي قبيلة فلان، ولبني قبيلة فلان، ويريد به المنتسبين إليهم بالنسب، والمنتمين إليهم بالولاء.

هذا هو المتعارف بين أهل اللسان، ومطلق الكلام ينصرف إليه، ويصير كالمنطوق بما هو المتعارف عندهم، ولو قال نص هذا - ثبت المال للمنتسبين إلى هذه القبيلة والمنتمين إليهم بالولاء كان الجواب ما قلنا كذا ههنا؛ بخلاف ما إذا لم يكن فلان أبا فخذ أو قبيلة فإن هناك لا عرف فعمل بحقيقة اللفظ، ولا يصار إلى المجاز إلا بالدليل الظاهر، ولا يدخل فيه مولى الموالاة؛ لأن مولى العتاقة يتقدم عليه والله سبحانه وتعالى أعلم.

ثم لا خلاف في أنه إذا قال ثلث مالي لموالي فلان أنه يدخل في الوصية جميع من نجز إعتاقه في صحته وفي مرضه، وسواء كان أعتقه قبل الوصية أو بعدها؛ لأن نفاذ الوصية متعلق بالموت، وكل من أعتقه في المرض أو في الصحة بعد أن نجز إعتاقه صار مولى بعد الموت فيستحق الوصية، فأما المدبرون وأمهات الأولاد فهل يدخلون تحت هذه الوصية؟.

روي عن أبي يوسف: أنهم يدخلون، وروي عنه رواية أخرى: أنهم لا يدخلون، وهو قول محمد ذكره في الجامع.

وجه الرواية الأولى: أن تعلق نفوذ الوصية أوان الموت وهم مواليه في ذلك الوقت فإنهم يستحقون الوصية.

وجه ظاهر الرواية: إن أوان نفوذ الوصية وهو وقت الموت أوان عتقهم، فيعتقون في تلك الحالة، ثم يصيرون مواليه بعده، والوصية تناولت من كان مولى عند موته، وهم في تلك

الحالة ليسوا بمواليه فلا يدخلون في الوصية، ولو كان قال ذلك بعد أن قال: إن لم أضربك فأنت حر ـ فمات قبل أن يضربه عتق ودخل في الوصية؛ لأنه عتق في آخر جزء من أجزاء حياته؛ لتحقق عدم الضرب منه في تلك الحالة، ووقوع اليأس عن حصوله من قبله، فيصير مولى له ثم يعتقه الموت، ثم تنفذ الوصية، فكان مولى وقت نفوذ الوصية، ووجوبها، بخلاف المسألة الأولى، والله تعالى أعلم بالصواب.

وأما الذي يرجع إلى الموصى به فأنواع: منها أن يكون مالاً أو متعلقاً بالمال؛ لأن الوصية إيجاب الملك أو إيجاب ما يتعلق بالملك من البيع والهبة والصدقة والإعتاق، ومحل الملك هو المال، فلا تصح الوصية بالميتة والدم من أحد ولأحد؛ لأنهما ليسا بمال في حق أحد، ولا بجلد الميتة قبل الدباغ، وكل ما ليس بمال، وقد ذكرنا ذلك في كتاب البيوع.

ومنها أن يكون المال متقوماً، فلا تصح الوصية بمال غير متقوم كالخمر؛ فإنها وإن كانت مالاً حتى تورث، لكنها غير متقومة في حق المسلم حتى لا تكون مضمونة بالإتلاف، فلا تجوز الوصية من المسلم وله بالخمر، ويجوز ذلك من الذمي؛ لأنها مال متقوم في حقهم كالخل، وتجوز بالكلب المعلم؛ لأنه متقوم عندنا، ألا ترى أنه مضمون بالإتلاف، ويجوز بيعه وهبته، سواء كان المال عيناً أو منفعة عند عامة العلماء، حتى تجوز الوصية بالمنافع من خدمة العبد وسكنى الدار وظهر الفرس، وقال ابن أبي ليلى ـ رحمه الله: لا تجوز الوصية بالمنافع.

وجه قوله: إن الوصية بالمنافع وصية بمال الوارث؛ لأن نفاذ الوصية عند الموت، وعند الموت تحصل المنافع على ملك الورثة؛ لأن الرقبة ملكهم، وملك المنافع تابع لملك الرقبة، فكانت المنافع ملكهم؛ لأن الرقبة ملكهم، فكانت الوصية بالمنافع وصية من مال الوارث ـ فلا تصح، ولأن الوصية بالمنافع في معنى الإعارة إذ الإعارة تمليك المنفعة بغير عوض والوصية بالمنفعة كذلك، والعارية تبطل بموت المعير، فالموت لما أثر في بطلان العقد على المنفعة بعد صحته، فلأن يمنع من الصحة أولى؛ لأن المنع أسهل من الرفع.

ولنا أنه لما ملك تملك حال حياته بعقد الإجارة والإعارة، فلأن يملك بعقد الوصية أولى؛ لأنه أوسع العقود، ألا ترى أنها تحتمل ما لا يحتمله سائر العقود من عدم المحل والحظر والجهالة، ثم لما جاز تمليكها ببعض العقود، فلأن يجوز بهذا العقد أولى، والله سبحانه وتعالى الموفق للصواب.

وأما قوله: إن الوصية وقعت بمال الوارث فممنوع، وقوله ملك الرقبة عند موت الموصي ـ مسلم، لكن ملك المنفعة يتبع ملك الرقبة إذا أفرد المنفعة بالتمليك، وإذا لم يفرد، الأول ممنوع والثاني مسلم، وهنا أفرد بالتمليك فلا يتبع ملك الرقبة، وهذا لأن الموصي إذا أفرد ملك المنفعة بالوصية فقد جعله مقصوداً بالتمليك وله هذه الولاية فلا يبقى تبعاً لملك

الذات بل يصير مقصوداً بنفسه، بخلاف الإعارة؛ لأن المعير وإن جعل ملك المنفعة مقصوداً بالتمليك لكن في الحال لا بعد الموت؛ لأنه إنما يعار الشيء للانتفاع في حال الحياة عادة لا بعد الموت، فينتفي العقد بالموت، وأما الوصية فتمليك بعد الموت، فكان قصده تمليكه المنفعة بعد الموت، فكانت المنافع مقصودة بالتمليك بعد الموت فهو الفرق.

ونظيره من وكل وكيلاً في حال حياته فمات الموكل ينعزل الوكيل، ولو أضاف الوكالة إلى ما بعد موته جاز حتى يكون وصيًا بعد موته، وسواء كانت الوصية بالمنافع مؤقتة بوقت من سنة أو شهر أو كانت مطلقة عن التوقيت؛ لأن الوصية بالمنافع في معنى الإعارة لأنها تمليك المنفعة بغير عوض، ثم الإعارة تصح مؤقتة ومطلقة عن الوقت، وكذا الوصية، غير أنها إذا كانت مطلقة فللموصي له أن ينتفع بالعين ما عاش، وإذا كانت مؤقتة بوقت فله أن ينتفع به إلى ذلك الوقت، وإذا جازت الوصية بالمنافع يعتبر فيها خروج العين التي أوصى بمنفعتها من الثلث ولا يضم إليها قيمة.

وإن كان الموصى به هو المنفعة والعين ملك لم يزل عنه؛ لأن الموصي بوصيته بالمنافع منع العين عن الوارث وحبسها عنه لفوات المقصود من العين وهو الانتفاع بها ـ فصارت ممنوعة عن الوارث محبوسة عنه، والموصي لا يملك منع ما زاد عن الثلث على الوارث، فاعتبر خروج العين من ثلث المال، ولهذا لو أجل المريض مرض الموت ديناً معجلاً له لا يصح إلا في الثلث، وإن كان التأجيل لا يتضمن إبطال ملك الدين لكن لما كان فيه منع الوارث عن الدين قبل حلول الأجل لم يصح إلا في قدر الثلث. كذا هذا.

وإذا كان المعتبر خروج العين من الثلث، فإن خرجت من الثلث جازت الوصية في جميع المنافع، فللموصى له أن ينتفع بها، فيستخدم العبد ويسكن الدار ما عاش إن كانت الوصية مطلقة عن الوقت، فإذا مات الموصى له بالمنفعة انتقلت إلى ملك صاحب العين، لأن الوصية بالمنفعة قد بطلت بموت الموصى له؛ لأنها تمليك المنفعة بغير عوض، كالإعارة، فتبطل بموت المالك إياه، كما تبطل الإعارة بموت المستعير، على أن المنافع بانفرادها لا تحتمل الإرث، وإن كان تملكها بعوض على أصل أصحابنا رضي الله عنهم، كإجازة فلان لا يحتمل فيما هو تمليك بغير عوض أولى، بخلاف ما إذا أوصى بغلة داره أو تمرة نخله فمات الموصى له وفي النخل تمراً، وكان وجب بما استغل الدار آخر أن ذلك يكون لورثة الموصى له؛ لأن ذلك عين ملكها الموصى له وتركه بالموت فيصير ميراثاً لورثته وفي المنفعة لا، حتى أن ما يحصل بعد موته لا يكون لورثته، بل لورثة الموصي؛ لأنه لم يَمْلِكْه الموصى له فلا يورث، وإن كانت العين لا تخرج من ثلث ماله جازت الوصية في المنافع في قدر ما تخرج العين من ثلث ماله بأن لم يكن له مال آخر سوى العين من العبد والدار، تقسم المنفعة بين الموصى له

وبين الورثة أثلاثاً، ثلثها للموصى له، وثلثاها للورثة، فيستخدم الموصى له العبد يوماً، والورثة يومين، وفي الدار يسكن الموصى له ثلثها، والورثة ثلثيها ما دام الموصى له حيًا، فإذا مات ترد المنفعة إلى الورثة.

وحكى أبو يوسف عن ابن أبي ليلى رحمهما الله: أنه إذا أوصى بسكنى داره لرجل، وليس له مال غيرها، ولم تجز الورثة؛ أن الوصية باطلة؛ لأن الوصية لم تصح في الثلثين والشيوع شائع في الثلثين، والشيوع يؤثر في المنافع كما في الإجارة. وهذا لا يتفرع على أصل ابن أبي ليلى؛ لأن الوصية بالمنافع باطلة على أصله فتبقى السكنى كلها على ملك الورثة، فلا يتحقق الشيوع، ولو أراد الورثة بيع الثلثين أو القسمة ليس لهم ذلك عند أبي حنيفة وعند أبي يوسف لهم ذلك.

وجه قول أبي يوسف أن الملك مطلق للتصرف في الأصل، وإنما الامتناع لتعلق حق الغير به، وحق الغير ههنا تعلق بالثلث لا بالثلثين؛ لأن الوصية تعلقت بالثلث لا غير فخلا ثلثا الدار عن تعلق حق الغير بها فكان لهم ولاية البيع والقسمة، وكذا الحاجة دعت إلى القسمة لتكميل المنفعة.

ولأبي حنيفة رضي الله عنه أن حق الموصى له بالمنفعة متعلق بمنافع كل الدار على الشيوع، وذلك يمنع جواز البيع كما في الإجارة، فإن رقبة المستأجر ملك المؤجر، لكن لما تعلق بها حق المستأجر منع جواز البيع ونفاذه بدون اجازة المستأجر. كذا ههنا، وكذا في القسمة إبطال حق الموصى له، هذا إذا كانت الوصية بالمنافع مطلقة عن الوقت، فإن كانت مؤقتة فإن كانت العين تخرج من ثلث ماله فإن الموصى له ينتفع بها إلى الوقت المذكور، فإن كان المذكور سنة غير معينة فينتفع بها الموصى له سنة كاملة، ثم يعود بعد ذلك إلى الورثة، وإن كانت لا تخرج من ثلث ماله فيقدر ما يخرج، وإن لم يكن له مال آخر كانت المنفعة بين الموصى له وبين الورثة أثلاثاً، يخدم العبد يوماً للموصى له، ويومين للورثة، فيستوفي الموصى له خدمة السنة في ثلاث سنين، وإن كانت العين الموصي بمنفعتها داراً، يسكن الموصي له ثلثها، والورثة ثلثيها، يتهايئان مكاناً؛ لأن التهايؤ بالمكان في الدار ممكن وفي العبد لا يمكن؛ لاستحالة خدمة العبد بثلثه لأحدهما. وبثلثيه للآخر، فمست الضرورة إلى المهايئات زماناً.

وإن كان المذكور من الوقت سنة بعينها بأن قال سنة كذا أو شهر كذا، فإن كان الموصى به خدمة العبد، فإن كان العبد يخرج من الثلث ينتفع بها تلك السنة أو الشهر، وإن لم يكن له مال آخر، ففي العبد ينتفع به الورثة يومين، والموصى له يوماً، وفي الدار يسكن الموصى له ثلثها والورثة ثلثيها على طريق المهايأة، فإذا مضت تلك السنة أو ذلك الشهر على هذا الحساب يحصل للموصى له منفعة السنة أو الشهر.

ولو أراد أن يكمل ذلك من سنة أخرى أو من شهر آخر ليس له ذلك؛ لأن الوصية أضيفت إلى تلك السنة أو ذلك الشهر لا إلى غيرهما، ولو عين الشهر الذي هو فيه أو السنة التي هو فيها، بأن قال: هذا الشهر أو هذه السنة، ينظر إن مات بعد مضي ذلك الشهر أو تلك السنة ـ بطلت وصيته؛ لأن الوصية نفاذها عند موته، وقد مضى ذلك الشهر أو تلك السنة قبل موته ـ فبطلت الوصية.

وإن مات قبل أن يمضي ذلك الشهر أو السنة، فإن كانت العين تخرج من الثلث ينتفع بها فيما بقي من الشهر أو السنة، وإن كانت لا تخرج وليس له مال آخر ففي العبد ينتفع بها الموصى له يوماً وللورثة يومين إلى أن يمضي ذلك الشهر أو السنة، وفي الدار بسكناها أثلاثاً على طريق المهايأة على ما بينا.

ولو أوصى بخدمة عبده لإنسان وبرقبته لآخر، أو بسكنى داره لإنسان وبرقبتها لآخر والرقبة تخرج من الثلث، فالرقبة لصاحب الرقبة، والخدمة كلها لصاحب الخدمة، لأن المنفعة لما احتملت الإفراد من الرقبة بالوصية حتى لا تملك الورثة الرقبة والموصى له المنفعة، فيستوي فيها الإفراد باستيفاء الرقبة لنفسه وتمليكها من غيره، فيكون أحدهما موصى له بالرقبة والآخر بالمنفعة، فإذا مات الموصي ملك صاحب الرقبة الرقبة وصاحب المنفعة المنفعة، وكذلك إذا أوصى برقبة شجرة أو بستان لإنسان وبثمرته لآخر، أو برقبة أرض لرجل وبغلتها لآخر، أو بأمة لرجل وبما في بطنها لآخر؛ لأن التمر والغلة والحمل كل واحد منها يحتمل الإفراد بالوصية، فلا فرق بين أن يستبقي الأصل لنفسه، وبين أن يملكه من غيره على ما ذكرنا في الوصية بالمنفعة، وسواء كان الموصى به موجوداً وقت كلام الوصية أو لم يكن موجوداً عنده؛ فالوصية جائزة إلا إذا كان في كلام الموصي ما يقتضي الوجود للحال، فتصح الوصية بثلث ماله، ولا مال له عند كلام الوصية.

وكذا تصح الوصية بغلة بستانه، أو بغلة أرضه، أو بغلة أشجاره، أو بغلة عبده، أو بسكنى داره، أو بخدمة عبده، وتصح الوصية بما في بطن جاريته، أو دابته، وبالصوف على ظهر غنمه، وباللبن في ضرعها، وثمرة بستانه، وثمرة أشجاره، وإن لم يكن شيء من ذلك موجوداً للحال.

وأما وجوده عند موت الموصي، فهل هو شرط بقاء الوصية على الصحة؟ فأما في الثلث والعين المشار إليها فشرط حتى لو أوصى بثلث ماله وله مال عند كلام الوصية. ثم هلك ثم مات الموصي ـ بطلت الوصية، وكذلك الوصية بما في البطن والضرع، وبما على الظهر من الصوف واللبن والولد، حتى لو مات الموصي بطلت الوصية إذا لم يكن ذلك موجوداً وقت موته.

وأما في الوصية بالثمرة فليس بشرط استحساناً والقياس أن يكون شرطاً، ولا يشترط ذلك في الوصية بغلة الدار والعبد، والحاصل أن جنس هذه الوصايا على أقسام: بعضها يقع على الموجود وقت موت الموصي والذي يوجد بعد موته، سواء ذكر الموصي في وصيته الأبد أو لم يذكر، وهو الوصية بالغلة وسكنى الدار وخدمة العبد، وبعضها يقع على الموجود قبل الموت، ولا يقع على ما يحدث بعد موته، سواء ذكر الأبد أو لم يذكر وهو الوصية بما في البطن والضرع وبما على الظهر، فإن كان في بطنها ولد وفي ضرعها لبن وعلى ظهرها صوف وقت موت الموصي، فالوصية جائزة وإلا فلا، وفي بعضها إن ذكر لفظاً لا بد يقع على الموجود والحادث، وإن لم يذكر، فإن كان موجوداً وقت موت الموصي يقع على الموجود ولا يقع على الحادث، وإن لم يكن موجوداً فالقياس أن تبطل الوصية، كما في الصوف والولد واللبن.

وفي الاستحسان لا تبطل وتقع على ما يحدث، كما لو ذكر الأبد، وهذه الوصية بثمرة البستان والشجر إنما كان كذلك؛ لأن الوصية إنما تجوز فيما يجري فيه الإرث، أو فيما يدخل تحت عقد من العقود في حالة الحياة، والحادث من الولد وأخواته لا يجري فيه الإرث، ولا يدخل تحت عقد من العقود، فلا يدخل تحت الوصية، بخلاف الغلة فإن له نظيراً في العقود، وهو عقد المعاملة والإجارة، وكذلك سكنى الدار وخدمة العبد يدخلان تحت عقد الإجارة والإعارة، فكان لهما نظير في العقود.

وأما الوصية بثمرة البستان والشجر فلا شك أنها تقع عن الموجود وقت موت الموصي، والحادث بعد موته إن ذكر الأبد؛ لأن اسم الثمرة يقع على الموجود والحادث، والحادث منها يحتمل الدخول تحت بعض العقود وهو عقد المعاملة والوقف، فإذا ذكر الأبد يتناوله، وإن لم يذكر الأبد فإن كان وقت موت الموصي ثمرة موجودة دخلت تحت الوصية، ولا يدخل ما يحدث بعد الموت، وإن لم يكن فالقياس ألا يتناول ما يحدث وتبطل الوصية، وفي الاستحسان يتناوله ولا تبطل الوصية.

وجه القياس أن الثمرة بمنزلة الولد والصوف واللبن، والوصية بشيء من ذلك لا يتناول الحادث، كذا الثمرة.

وجه الاستحسان أن الاسم يحتمل الحادث؛ وفي حمل الوصية عليه تصحيح العقد، ويمكن تصحيحه؛ لأن له نظيراً من العقود وهو الوقف والمعاملة، ولهذا لو نص على الأبد يتناوله، بخلاف الولد والوصف واللبن؛ لأنه عقد ما لا يحتمله فلم يكن ممكن التصحيح، ولهذا لو نص على الأبد لا يتناول الحادث، وههنا بخلافه.

ولو أوصى لرجل ببستانه يوم يموت، وليس له يوم أوصى بستان، ثم اشترى بستاناً ثم

مات فالوصية جائزة؛ لأن الوصية بالمال إيجاب الملك عند الموت، فيراعى وجود الموصى به وقت الموت، ألا ترى أنه لو أوصى له بعين البستان، وليس في ملكه البستان يوم الوصية، ثم ملكه ثم مات ـ صحت الوصية. ولو قال: أوصيت لفلان بغَلَّة بستاني، ولا بستان له، فاشترى بعد ذلك ومات، ذكر الكرخي ـ عليه الرحمة ـ: أن الوصية جائزة، وذكر في الأصل: أنها غير جائزة.

وجه رواية الأصل أن قوله: (بستاني) يقتضي وجود البستان للحال، فإذا لم يوجد لم يصح، والصحيح ما ذكره الكرخي؛ لأن الوصية إيجاب الملك بعد الموت، فيستدعي وجود الموصى به عند الموت، لا وقت كلام الوصية.

ولو أوصى لرجل بثلث غنمه، فهلكت الغنم قبل موته، أو لم يكن له غنم من الأصل، فمات ولا غنم له، فالوصية باطلة، وكذلك العروض كلها، لأن الوصية تمليك عند الموت، ولا غنم له عند الموت، فإن لم يكن له غنم وقت كلام الوصية ثم استفاد بعد ذلك، ذكر في الأصل أن الوصية باطلة، لأن قوله غنمي ـ يقتضي غنماً موجودة وقت الوصية، كما قلنا في البستان، وعلى رواية الكرخي ـ رحمه الله ـ ينبغي أن يجوز لما ذكرنا في البستان.

وكذلك لو قال: أوصيت له بشاة من غنمي، أو بقفيز من حنطي، ثم مات وليس له غنم ولا حنطة، فالوصية باطلة لما قلنا، ولو لم يكن له غنم ولا حنطة، ثم استفاد بعد ذلك ثم مات فهو على الروايتين اللتين ذكرناهما، وبمثله لو قال: شاة من مالي، أو قفيز حنطة من مالي، وليس له غنم ولا حنطة، فالوصية جائزة، ويعطي قيمة الشاة؛ لأنه لما أضاف إلى المال وعين الشاة لا توجد في المال، علم أنه أراد به قدر مالية الشاة وهي قيمتها.

ولو أوصى بشاة، ولم يقل من غنمي، ولا من مالي، فمات وليس له غنم ـ لم يذكر هذا الفصل في الكتاب، واختلف المشايخ فيه، قال بعضهم: لا تصح الوصية؛ لأن الشاة اسم للصورة والمعنى جميعاً، إلا أنا حملنا هذا الاسم على المعنى في الفصل الأول بقرينة الإضافة إلى المال، ولم توجد ههنا.

وقال بعضهم: يصح؛ لأن الشاة إذا لم تكن موجودة في ماله؛ فالظاهر أنه أراد به مالية الشاة تصحيحاً لتصرفه فيعطى قيمة شاة، وقد ذكر في «السير الكبير» مسألة تؤيد هذا القول، وهي أن الإمام إذا نفل سرية، فقال: من قتل قتيلاً فله جارية من السبايا، فإن كان في السبي جارية يعطى من قتل قتيلاً، وإن لم يكن في السبي جارية لا يُعطى شيئاً.

ولو قال: من قتل قتيلاً فله جارية ولم يقل من السبي، فإنه يعطى من قتل قتيلاً قدر مالية الجارية، كذا ههنا، ولا تجوز الوصية بسكنى داره، أو خدمة عبده، أو ظهر فرسه للمساكين

في قول أبي حنيفة عليه الرحمة، ولا بد من أن يكون ذلك لإنسان معلوم، وعندهما رحمهما الله تجوز الوصية بذلك كله للمساكين، كذا ذكر الكرخي في «مختصره»، وذكر في الأصل: والوصية بسكنى الدار وخدمة العبد أنها لا تجوز، ولم يذكر فيها الخلاف، وإنما ذكره في الوصية بظهر الفرس.

وجه قولهما إن الوصية للمساكين وصية بطريق الصدقة، والصدقة إخراج المال إلى الله سبحانه وتعالى، والله عز وجل واحد معلوم، ولهذا جازت الوصية بسائر الأعيان للمساكين فكذا بالمنافع.

ولأبي حنيفة رضي الله عنه أن الموصى له بالخدمة والركوب والسكنى تلزمه النفقة على العبد والفرس والدار؛ لأنه لا يمكنه الانتفاع إلا بعد بقاء الدين، ولا يبقى عادة بدون النفقة فبعد ذلك لا يخلو إما أن تلزمه النفقة أو لا، فإن لم تلزمه النفقة لا يمكن تنفيذ هذه الوصية؛ لأنه لا يمكن إيجابها على الورثة؛ لأن المؤنة لا تجب إلا على من له المنفعة، والمنفعة للموصى له لا للورثة، ولا يمكن الاستغلال بأن يستغل فينفق عليه من الغلة؛ لأن الوصية لم تقع بالغلة، ولأن الاستغلال يقع تبديلاً للوصية، وأنه لا يجوز فتعذر تنفيذ هذه الوصية، وإن لزمه النفقة فكان هذا معاوضة معنى لا وصية ولا صدقة، والجهالة تمنع صحة المعاوضة، وهذا المعنى لا يوجد في الأعيان وفي الوصية لرجل بعينه، وقيل: إن الوصية بظهر فرسه للمساكين، أو في سبيل الله تبارك وتعالى. فريعة: مسألة الوقف أن عند أبي حنيفة ـ رضي الله عنه ـ لو جعل فرسه للمساكين وقفاً في حال الحياة لا يجوز، ولا تجوز الوصية به بعد الوفاة، وعندهما لو جعله وقفاً في حال حياته جاز، فكذا إذا أوصى بعد وفاته، وسواء كان الموصى به معلوماً أو مجهولاً، فالوصية جائزة؛ لأن هذه جهالة تمكن إزالتها من جهة الموصى ما دام حيًّا، ومن جهة ورثته بعد موته فأشبهت جهالة المقر به في حال الإقرار وأنها لا تمنع صحة الإقرار، بخلاف جهالة المقر له تمنع صحة الإقرار، كذا جهالة الموصى له تمنع صحة الوصية أيضاً.

وعلى هذا مسائل بعضها يرجع إلى بيان قدر ما يستحقه الموصى له من الوصايا التي فيها ضرب إبهام، وبعضها يرجع إلى بيان استخراج القدر المستحق من الوصية المجهول بالحساب، وهي المسائل الحسابية.

وبيان هذه الجملة في مسائل: منها ما إذا أوصى لرجل بجزء من ماله، أو بنصيب من ماله، أو بطائفة من ماله أو ببعض أو بشِقْص من ماله، فإن بين في حياته شيئاً وإلا أعطاه الورثة بعد موته ما شاؤوا؛ لأن هذه الألفاظ تحتمل القليل والكثير، فيصح البيان فيه ما دام حيًّا، ومن ورثته إذا مات؛ لأنهم قائمون مقامه لو أوصى بألف إلا شيئاً أو إلا قليلاً أو إلا يسيراً أو زهَاء ألف، أو جلّ هذه الألف، أو عظم هذا الألف، وذلك يخرج من الثلث فله النصف من ذلك

وزيادة، وما زاد على النصف فهو إلى الورثة يعطون منه ما شاؤوا؛ لأن القليل والكثير واليسير من أسماء المقابلة فلا يكون قليلاً إلا وبمقابلته أكثر منه، فيقتضي وجود الأكثر وهو النصف وزيادة عليه، وتلك الزيادة مجهولة فيعطيه الورثة من الزيادة ما شاؤوا، والشيء في مثل هذا الموضع يراد به اليسير.

وقوله: جل هذه الألف، وعامة هذه الألف، وعظم هذه الألف ـ عبارات عن أكثر الألف وهو الزيادة على النصف، وزهاء ألف عبارة عن القريب من الألف، وأكثر الألف قريب من الألف، ولو أوصى له بسهم من ماله فله مثل أخس الأنصباء، يزاد على الفريضة ما لم يزد على السدس عند أبي حنيفة رضي الله عنه، وعندهما ـ رحمهما الله ـ ما لم يزد على الثلث، كذا ذكر في «الأصل».

وذكر في «الجامع الصغير»: له مثل نصيب أحد الورثة، ولا يزاد على السدس عند أبي حنيفة، وعندهما لا يزاد على الثلث، فعلى رواية «الأصل» يجوز النقصان عن السدس عنده وعلى رواية «الجامع الصغير» لا يجوز.

وبيان هذه الجملة إذا مات الموصي وترك زوجة وابناً، فللموصى له على رواية الأصل أخس سهام الورثة، وهو الثمن، ويزاد على ثمانية أسهم سهم آخر فيصير تسعة، فيعطى تسع المال، وعلى رواية «الجامع الصغير» يعطى السدس؛ لأنه أخس سهام الورثة.

ولو ترك زوجة وأخاً لأب وأم أو لأب فللموصى له السدس عنده؛ لأن أخس سهام الورثة الربع ههنا، وهو لا يجوز الزيادة على السدس، وعندهما له الربع؛ لأنه أقل سهام الورثة، وأنه أقل من الثلث فزاد على أربعة مثل ربعها، وذلك سهم وهو خمس المال، وكذلك لو ماتت امرأة وتركت زوجاً وابناً، ولو ترك ابنين فله السدس عنده، وعندهما له ثلث جميع المال، وكذلك إن ترك ثلاث بنين فإن ترك خمسة بنين فله سدس جميع المال عنده، وعندهما يجعل المال على ثلاثة أسهم، ثم يزاد عليه سهم فيعطى أربعة إذاً؛ وإن أقرّ بسهم من داره لإنسان فله السدس عنده، وعندهما البيان إلى المقرّ، وكذلك إذا أعتق سهماً من عبده يعتق سدسه عنده لا غير، وعندهما يعتق كله، لأن العتق يتجزأ عنده وعندهما لا يتجزأ.

وجه قولهما: إن السهم اسم لنصيب مطلق ليس له حد مقدر، بل يقع على القليل والكثير كاسم الجزء، إلا أنه لا يسمى سهماً إلا بعد القسمة، فيقدر بواحد من أنصباء الورثة، والأقل متيقن فيقدر به، إلا إذا كان يزيد ذلك على الثلث، فيزاد إلى الثلث؛ لأن الوصية لا جواز لها بأكثر من الثلث من غير إجازة الورثة. ولأبي حنيفة رضي الله عنه ما روي عن ابن مسعود رضي الله عنه أنه سئل عن رجل أوصى بسهم من ماله، فقال: له السدس، والظاهر أن الصحابة ـ رضي الله عنهم ـ بلغتهم فتواه، ولم ينقل أنه ابتكر عليه أحد فيكون إجماعاً.

وروي عن إياس بن معاوية ـ رضي الله عنه ـ أنه قال: السهم في كلام العرب السدس، إلا أنه يستعمل أيضاً في أحد سهام الورثة والاقل متيقن به، فيصرف إليه، فإن كان أقل منه لا يبلغ به السدس؛ لأنه يحتمل أنه أراد به السدس، ويحتمل أنه أراد به مطلق سهم من سهام الورثة، فلا يزاد على أقل سهامهم بالشك والاحتمال.

ولو أوصى له بمائة دينار إلا درهماً أو بكر حنطة إلاّ درهم أو إلا محتوم شعير جاز، وهو كما قال، وكذلك لو قال: داري هذه أو عبدي هذا إلا مائة درهم ـ جاز عن الثلث، وبطل عنه قيمة مائة درهم، وهذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله.

وقال محمد رحمه الله: الاستثناء باطل، ولقب المسألة أن استثناء المقدر من المقدر في الجنس وخلاف الجنس بعد أن كان الاستثناء مقدراً بعد أن كان من المكيلات أو الموزونات أو العدديات المتقاربة ـ صحيح عندهما، وعنده لا يصح إلا في الجنس، وهي من مسائل كتاب الإقرار.

ولو قال: أوصيت لفلان ما بين العشرة والعشرين، أو ما بين العشرة إلى العشرين، أو من العشرة إلى عشرين فهو سواء وله تسعة عشر درهماً، وكذلك لو قال: ما بين المائة والمائتين، أو ما بين المائة إلى المائتين، أو من المائة إلى المائتين فله مائة وتسعة وتسعون درهماً، وهذا قول أبي حنيفة، وعندهما له في الأول عشرون، وفي الثاني مائتان، وعند زفر له ثمانية عشر في الأول، ومائة وثمانية وتسعون في الثاني.

وأصل المسألة أن الغايتين يدخلان عندهما.

وعند زفر رحمه الله: لا يدخلان، وعند أبي حنيفة ـ عليه الرحمة ـ: تدخل الأولى دون الثانية. والمسألة مرت في كتاب الطلاق.

ولو أوصى لفلان بعشرة دراهم في عشرة، ونوى الضرب والحساب ـ فله عشرة دراهم عند أصحابنا الثلاثة، وعند زفر له مائة درهم، وقد ذكرنا المسألة في كتاب الطلاق، وبمثله لو أوصى لفلان بعشرة أذرع في عشرة أذرع من داره ـ فله مائة ذراع مكسرة.

ووجه الفرق بين المسألتين على أصل أصحابنا الثلاثة: أن الضرب يراد به تكسير الأجزاء فيما يحتمل المساحة في الطول والعرض، وذلك يوجد في الدار والدراهم موزونة، وليس لها طول ولا عرض، فلا يراد بالضرب فيها تكسر أجزائها، ومعنى قوله: المكسرة، أي: المكسرة في المساحة، وهو أن يكون طولها عشرة أذرع وعرضها عشرة.

ولو أوصى له بثوب سبعة في أربعة فله كما قال وهو ثوب طوله سبعة أذرع وعرضه أربعة أذرع؛ لأن مفهوم هذا اللفظ في الثوب هذا فينصرف اللفظ إليه، ولو قال: عبدي هذا وهذا

لفلان وصية وهما يخرجان من الثلث؛ كان للورثة أن يعطوه أيهما شاؤوا لما ذكرنا أن الوارث يقوم مقام المورث في جهالة يمكن إزالتها، ولو كان المورث حيًا كان البيان إليه، فإذا مات قام الوارث مقامه، والفقه في ذلك أن الوصية تمليك بعد الموت، والورثة تقوم مقامه في التمليك، بخلاف ما إذا قال: عبدي هذا أو هذا حر ـ أن البيان إليه لا إلى الورثة، وينقسم العتق عليهما، لأن ذلك ليس بتمليك، بل هو إتلاف الملك، وقد انقسم ذلك عليهما، إذ ليس أحدهما بأولى من الآخر، فلا يحتمل البيان من جهة الوارث.

ولو أوصى له بحنطة في جوالق ـ فله الحنطة دون الجوالق؛ لأن الموصى به الحنطة دون الجوالق، والجوالق ليس من توابع الحنطة، ألا يرى لو باع الحنطة في الجوالق لا يدخل فيه الجوالق، وبيع الحنطة مع الجوالق ليس بمعتاد فلا يدخل في الوصية.

ولو أوصى له بهذا الجراب الهروي ـ فله الجراب وما فيه، لأن الجراب يعد تابعاً لما فيه عادة حتى يدخل في البيع فكذا في الوصية، وكذا لو أوصى له بهذا الدن من الخل ـ فله الدن والخل، وكذا لو أوصى بقوصرة تمر ـ فله القوصرة وما فيها؛ لأن الدن يعد تابعاً للخل والقوصرة للتمر، ولهذا يدخل ذلك في عقد البيع كذا في الوصية.

ولو أوصى له بالسيف فله السيف بجفنه وحمائله، وقال أبو يوسف: له النصل دون الجفن والحمائل، فأصل أبي يوسف في هذا الباب أنه يعتبر الاتصال والانفصال، فما كان متصلاً به يدخل، وما كان منفصلاً عنه لا يدخل، والجفن والحمائل منفصلان عن السيف فلا يدخلان تحت الوصية به، ولهذا لو أوصى بدار لا يدخل ما فيها من المتاع، كذا هذا، والمعتبر على ظاهر الرواية التبعية والاصالة في العرف والعادة، والجفن والحمائل يعدان تابعان للسيف عرفاً وعادة، ألا ترى أنهما يدخلان في البيع كذا في الوصية.

ولو أوصى له بسرج، فله السرج وتوابعه من اللبد[1]، والرفادة[2]، والطفر[3]، والركابات[4]، واللبب[5]، في ظاهر الرواية؛ لأنه لا ينتفع بالسرج إلا بهذه الأشياء فكانت من توابعه فتدخل في الوصية به.

---

(١) اللِّبْد: ما يوضع تحت السَّرْج من شعر أو صوف. المعجم الوسيط (لبد).

(٢) الرِّفَادة: الدِّعامة للسَّرْج والرحل ونحوهما. المعجم الوسيط (رفد).

(٣) الطفر: ما يوضع حول فخذ البعير ويتصل به وعاء قضيبه. ترتيب القاموس (طفر).

(٤) الرِّكَابُ للسَّرْج: ما توضع فيه الرِّجْلُ. المعجم الوسيط (ركب).

(٥) اللَّبَبُ: ما يشد في صدر الدابة ليمنع تأخر الرَّحْل والسَّرْج. المعجم الوسيط (لبب).

وقال أبو يوسف: له الدفتان والركابان واللبب، ولا يكون له اللبد ولا الرفادة ولا الطفر؛ لأنها منفصلة عن السرج، ولو أوصى له بمصحف وله غلاف، فله المصحف دون الغلاف في قول أبي يوسف، وهو قول أبي حنيفة رضي الله عنهما، كذا ذكر القدوري عليه الرحمة.

وقال زفر رحمه الله: له المصحف والغلاف.

أما على أصل أبي يوسف؛ فلأن الغلاف منفصل عن المصحف، فلا يدخل في الوصية من غير تسمية، وأبو حنيفة رحمه الله ـ يقول: ليس بتابع للمصحف؛ بدليل أنه لا يكره للجنب والمحدث مس المصحف بغلافه، فلا يدخل، وزفر يقول: هو تابع للمصحف، فيدخل في الوصية، ولو أوصى بميزان، قال أبو يوسف: له الكفتان، والعمود الذي فيه الكفتان، واللسان، وليس له الطرازدان[١]، والصنجات[٢].

وأما الشاهين فله الكفتان والعمود، وليس له الصنجات والتخت[٣]، وقال زفر: إذا أوصى بميزان فله الطرازدان والصنجات والكفتان، وإن أوصى له بشاهين فله التخت والصئان[٤].

فأبو يوسف مر على أصله أن الصنجة والطرازدان شيئان منفصلان؛ فلا يدخلان في الوصية إلا بالتسمية، وزفر يجعل ذلك من توابع الميزان لما أن الانتفاع لا يكون إلا بالجميع، فصار كتوابع السرج.

ولو أوصى له بالقبان والفرسطون ـ فله العمود، والحديد، والرمانة، والكفة التي يوضع فيها المتاع في قولهم جميعاً؛ لأن اسم القبان يشمل هذه الجملة فيستوي فيها الاتصال والانفصال، ولو أوصى له بقبة فله عيدان القبة دون كسوتها؛ لأن القبة اسم للخشب لا للثياب، وإنما الثياب اسم للزينة.

ألا ترى أنه يقال: كسوة القبة، والشيء لا يضاف إلى نفسه هو الأصل، وكذا الكسوة منفصلة منها على أصل من يعتبر الاتصال.

ولو أوصى بقبة تركية، وهي ما يقال لها: بالعجمية خركاه ـ فله القبة مع الكسوة وهي اللبود؛ لأنه لا يقال لها قبة تركية إلا بلبودها، بخلاف القبة البلدية، ويعتبر في ذلك العرف والعادة، ويختلف الجواب باختلاف العرف والعادة.

---

(١) الطَّرَازْدَانُ: غلاف الميزان معرب. ترتيب القاموس (طرازدان).

(٢) الصَّنَجَاتُ: ما يوزن به، كالرِّطْل والأوقية.

(٣) التَّخْتُ: وعاء الميزان.

(٤) كذا بالأصل، ولم أهتد إلى معناها.

ولو أوصى له بحجلة فله الكسوة دون العيدان؛ لأنها اسم للكسوة في العرف، ولو أوصى بسلة زعفران فله الزعفران دون السلة، هكذا ذكر في «الأصل». وذكر القدوري ـ رحمه الله ـ أن محمداً إنما أجاب فيه على عادة زمانه؛ لأن في ذلك الوقت كان لا تباع السلة مع الزعفران، بل كانت تفرد عنه في البيع، وأما الآن فالعادة أن الزعفران يباع بظروفه فيدخل في الوصية، والتعويل في الباب على العرف والعادة.

ولو أوصى له بهذا العسل وهو في زق فله العسل دون الزق، وكذلك السمن والزيت وما أشبه ذلك؛ لأنه أوصى له بالعسل لا بالزق، والعسل يباع بدون ظرفه عادة، فلا يتبعه في الوصية، والله سبحانه وتعالى أعلم.

ولو أوصى بنصيب ابنه أو ابنته لإنسان، فإن كان له ابن أو ابنة لم يصح؛ لأن نصيب ابنه أو ابنته ثابت بنص قاطع، فلا يحتمل التحويل إلى غيره بالوصية، وإن لم يكن له ابن أو ابنة صحت الوصية؛ لأنها لم تتضمن تحويل نصيب ثابت، فكان وصية بمثل نصيب ابنه أو ابنته، وليس له ابن أو ابنة، وأنها صحيحة لما نذكر. وإن أوصى بمثل نصيب ابنه أو ابنته، وله ابن أو ابنة ـ جازت؛ لأن مثل الشيء غيره لا عينه، فليس في هذه الوصية تحويل نصيب ثابت إلى الموصى له، بل يبقى نصيبه ويزاد عليه بمثله فيعطى الموصى له، ثم إن كان أكثر من الثلث تحتاج الزيادة إلى الإجازة، وإن كان ثلثاً أو أقل منه لا تحتاج إلى الإجازة، حتى لو أوصى بمثل نصيب ابنه وله ابن واحد فللموصى له نصف المال ولابنه النصف؛ لأنه جعل له مثل نصيبه، فيقتضي أن يكون للابن نصيب، وأن يكون نصيب الموصى له مثل نصيبه، وذلك هو النصف، فكان المال بينهما نصفين، كما لو كانا ابنين، غير أن الزيادة على الثلث ههنا تقف على إجازة الابن إن أجاز جازت الزيادة وإلا فلا.

وإن كان له ابنان فللموصى له ثلث المال؛ لأنه جعل للموصى له مثل نصيب ابن واحد منهما؛ ولا يكون له مثل نصيب ابن واحد منهما إلا وأن يكون المال بينهم أثلاثاً، ولا يحتاج ههنا إلى الإجازة.

ولو أوصى بمثل نصيب بنته، فإن كان له بنت واحدة فللموصى له نصف المال إن إجازت؛ لأن نصيب البنت الواحدة النصف، فكان مثل نصيبها النصف، فكان له النصف إن أجازت إلا فالثلث، وإن كان له بنتان فللموصى له ثلث المال؛ لأنه إذا كان لهما الثلثان كان لكل واحدة منهما الثلث، وقد جعل نصيبه مثل نصيب واحدة منهما، ونصيب واحدة منهما الثلث فكان نصيبه أيضاً الثلث.

ولو أوصى له بنصيب ابن لو كان فهو كما لو أوصى بمثل نصيب ابنه وله نصف المال إن أجازت الورثة ولو أوصى له بمثل نصيب ابن لو كان فللموصى له ثلث المال؛ لأنه أوصى

بمثل نصيب مقدر لابن مقدر، ونصيب الابن المقدر سهم، فمثل نصيبه يكون سهماً فكان هذا وصية له بسهم من ثلاثة أسهم، والله سبحانه وتعالى أعلم.

ولو أوصى لرجل بمثل نصيب أحد بنيه، وله ثلاثة بنين وأوصى لرجل آخر بثلث ما يبقى من الثلث بعد النصيب فالمسألة تخرج من ثلاثة وثلاثين للموصى له بالنصيب ثمانية، وللموصى له الآخر سهم، ولكل واحد من البنين ثمانية، أما تخريجها بطريقة الحشو فهو أن تأخذ عدد البنين، وذلك ثلاثة وزد عليه واحداً، لأجل الوصية بمثل نصيب أحد البنين، لأن مثل الشيء غيره فيزاد عليه فيصير أربعة، ثم اضرب الأربعة في ثلاثة؛ لأجل تنفيذ الوصية الأخرى وهي الوصية بثلث ما يبقى من الثلث بعد النصب فيصير اثني عشر، ثم نطرح منها سهماً واحداً؛ لأن الوصية الثانية توجب النقصان في نصيب الورثة، ونصيب الموصى له الأول شائعاً في كل المال فتنقص من كل ثلث سهماً، ولأنك لو لم تنقص لا يستقيم الحساب لو اعتبرته لوجدته كذلك، فإذا نقصت سهماً من اثني عشر بقي أحد عشر هو ثلث المال، وثلثاه مثلاه وهو اثنان وعشرون، وجميع المال ثلاثة وثلاثون.

وإذا أردت معرفة النصيب فخذ النصيب الّذي كان وذلك سهم واحد واضربه في ثلاثة كما ضربت أصل المال وهو ثلاثة، ثم اضرب ثلاثة في ثلاثة كما ضربت أصل المال؛ لأنك احتجت إلى ضرب أصل المال في ثلاثة مرة أخرى حتى بلغ جميع المال ثلاثة وثلاثين، فإذا ضربت ثلاثة في ثلاثة صار تسعة، ثم اطرح منها سهماً كما طرحت من أصل المال، فيبقى ثمانية، فهو نصيب الموصىٰ له بمثل النصيب، ثم أعط للموصى له نصيبه وهو ثلث ما يبقى من الثلث، وذلك سهم، يبقى إلى تمام الثلث سهمان؛ ضمهما إلى ثلثي المال، وذلك اثنان وعشرون، فتصير أربعة وعشرين، لكل واحد من البنين الثلاثة ثمانية، فاستقام الحساب بحمد الله سبحانه وتعالى.

وأَما تخريجها على طريق الخطأين؛ فهو أن تجعل ثلث المال عدداً لو أعطيت منه النصيب، وهو سهم يبقى وراءه عدد له ثلث لحاجتك إلى تنفيذ الوصية الأخرى، وهو الوصية بثلث ما يبقى من الثلث بعد النصيب وأقله أربعة، فإذا جعلت ثلث المال أربعة، أعط للموصىٰ له بالنصيب سهماً من أربعة، يبقى ثلاثة، فأعط للموصى له بثلث ما بقي ثلث ما بقي، وذلك سهم، يبقى سهمان، ضمهما إلى ثلثي المال وذلك ثمانية؛ لأن ثلث المال لما كان أربعة كان ثلثاه مثليه، وذلك ثمانية، ومتى ضممت اثنين إلى ثمانية صارت عشرة، وحاجتك إلى ثلاثة أسهم، لا غير للبنين الثلاثة؛ لأنك قد أعطيت الموصى له بالنصيب سهماً، فظهر أنك قد أخطأت بزيادة سبعة فزد في النصيب؛ لأنه ظهر أن هذا الخطأ ما جاء إلا من قبل نقصان النصيب، فظهر أن النصيب يجب أن يكون أزيد من سهم، فزد في النصيب فاجعله سهمين

فيصير الثلث خمسة فأعط الموصى له بمثل النصيب سهمين، ثم أعط للموصى له الآخر سهماً مما بقي، يبقى سهمان، ضمهما إلى ثلثي المال وذلك عشرة فتصير اثني عشر، وحاجتك إلى ستة، فظهر أنك أخطأت في هذه الكرة بزيادة ستة أسهم، وكان الخطأ الأول بزيادة سبعة، فانتقص بزيادة سهم في النصيب سهم من سهام الخطأ، فعملت أنك مهما زدت في النصيب سهماً ينتقص من سهام الخطأ سهم، وأنك تحتاج إلى أن يذهب ما بقي من سهام الخطأ، والباقي من سهام الخطأ ستة، فالذي يذهب به ستة أسهم من الخطأ ستة أسهم من النصيب، فزد في النصيب ستة أسهم فتصير ثمانية، فهذا هو النصيب، وبقي إلى تمام الثلث ثلاثة، أعط منها سهماً للموصىٰ له الآخر، يبقى سهمان، ضمهما إلى ثلثي المال، وذلك اثنان وعشرون، فتصير أربعة وعشرين، لكل واحد من البنين ثمانية، وطريقة الجامع الأصغر، أو الأكبر، أو الصغير، أو الكبير، مبنية على هذه الطريقة.

أما طريقة الجامع الأصغر أو الصغير: فهي أنه إذا تبين لك أنك أخطأت مرتين، وأردت معرفة الثلث، فاضرب الثلث الأول في الخطأ الثاني، والثلث الثاني في الخطأ الأول، فما اجتمع فاطرح الأقل من الأكثر، فما بقي فهو الثلث، وإن أردت معرفة النصيب، فاضرب النصيب الأول في الخطأ الثاني، واضرب النصيب الثاني في الخطأ الأول، ثم اطرح الأقل من الأكثر فما بقي فهو النصيب.

وإذا عرفت هذا ففي هذه المسألة الثلث الأول أربعة، والخطأ الثاني ستة، فاضرب أربعة في ستة فتصير أربعة وعشرين، والثلث الثاني خمسة والخطأ الأول سبعة فاضرب خمسة في سبعة، فتكون خمسة وثلاثين، ثم اطرح أربعة وعشرين من خمسة وثلاثين فيبقى أحد عشر، فهو ثلث المال، والنصيب الأول سهم، والخطأ الثاني ستة فاضرب سهماً في ستة تكون ستة، والنصيب الثاني سهمان والخطأ الأول سبعة، فاضرب سهمين في سبعة فتكون أربعة عشر واطرح الأقل وهو ستة من الأكثر وهو أربعة عشر، فيبقى ثمانية فهو النصيب.

وأما طريقة الجامع الكبير أو الأكبر: فهي أنه إذا ظهر لك الخطأ الأول. فلا تزد في النصيب، ولكن ضعف ما وراء النصيب من الثلث ثم انظر في الخطأين واعمل ما عملت في طريقة الجامع الأصغر.

إذا عرفت هذا، ففي هذه المسألة ظهر الخطأ الأول سبعة، فضعف ما وراء النصيب من الثلث، وذلك بأن تزيد عليه مثله فتصير ستة فصار الثلث مع النصيب سبعة، فأعط بالنصيب سهماً، وأعط بالوصية الأخرى ثلث الباقي، وذلك سهمان، يبقى أربعة، ضم ذلك إلى ثلثي المال، وذلك أربعة عشر فتصير ثمانية عشر، وحاجتك إلى ثلاثة، فظهر الخطأ بخمسة عشر، فإذا أردت معرفة الثلث فخذ الثلث الأول، وذلك أربعة، واضربه في الخطأ الثاني، وذلك

خمسة عشر، فتصير ستين، وخذ الثلث الثاني. وذلك سبعة واضربه في الخطأ الأول، وذلك سبعة فتصير تسعة وأربعين، ثم اطرح الأقل وذلك تسعة وأربعون من الأكثر، وذلك ستون يبقى أحد عشر فهو الثلث.

وإن أردت معرفة النصيب فخذ النصيب الأول، وذلك سهم واضربه في الخطأ الثاني، وذلك خمسة عشر، فتكون خمسة عشر، وخذ النصيب الثاني، وذلك سهم، واضربه في الخطأ الأول، وذلك سبعة ثم اطرح سبعة من خمسة عشر تبقى ثمانية فهو النصيب.

ولو كان له خمس بنين، فأوصى لرجل بمثل نصيب أحدهم، وأوصى لرجل آخر بثلث ما بقي من الثلث بعد النصيب، فالفريضة من أحد وخمسين سهماً لصاحب النصيب ثمانية أسهم، ولصاحب ثلث ما بقي ثلثه، ولكل ابن ثمانية.

أما تخريج المسألة على طريق الحشو فهو أن تأخذ عدد البنين، وذلك خمسة. وتفرز نصيبهم، وذلك خمسة أسهم، وتزيد عليه سهماً آخر؛ لأجل الموصى له بمثل النصيب؛ لأن مثل الشيء غيره فتصير ستة فاضربها في مخرج الثلث، وذلك ثلاثة؛ لأجل وصيته بثلث ما يبقى من الثلث بعد النصيب، فتصير ثمانية عشر، ثم اطرح منها سهماً واحداً لأجل الوصية بثلث ما يبقى من الثلث؛ لأنه زاد في الوصية، والزيادة في الوصية توجب نقصاناً في نصيب الموصى له الأول، وثلث ما يبقى من الثلث ثمانية لما نذكر إن شاء الله تعالى، ويستحق ذلك من جميع الثلث من كل ثلث ثلث سهم فوجب أن ينقص من هذا الثلث سهم؛ لذلك قلنا: إنه يطرح من هذا الثلث سهم، فيبقى سبعة عشر، فاجعل هذا ثلث المال وثلثا المال مثلاً. وذلك أربعة وثلاثون وجميع المال أحد وخمسون وثلث المال سبعة عشر.

وإذا أردت أن تعرف قدر النصيب، فخذ النصيب، وذلك سهم، واضربه في ثلاثة، ثم اضرب ثلاثة في ثلاثة؛ لقوله: ثلث ما بين من الثلث بعد النصيب، فتصير تسعة، ثم أنقص منها واحداً؛ لأجل الموصى له كما نقصت في الابتداء، فيبقي ثمانية، فذلك نصيب الموصى له بمثل النصيب من ثلث المال يبقى إلى تمام المال تسعة، فاعط الموصى له بثلث ما بقي من الثلث بعد النصيب ثلثها، وذلك ثلاثة فيبقى ستة، ضمها إلى ثلثي المال وذلك أربعة وثلاثون، فتصير أربعين سهماً فتقسم بين السنين الخمس لكل واحد ثمانية مثل ما أعطيت الموصى له بمثل النصيب.

وأما التخريج على طريقة الخطأين: فهو أن تجعل ثلث المال عدداً، لو أعطيت منه سهماً وهو النصيب يبقى وراءه عدد له ثلث لحاجتك إلى إعطاء الموصى له الآخر ثلث ما يبقى من الثلث بعد النصيب، وأقله أربعة، فاجعل ثلث المال أربعة فانفذ منه الوصيتين فأعط الموصى له بالنصيب سهماً والآخر ثلث ما بقي وهو سهم آخر فيبقى وراءه سهمان، ضمهما إلى ثلث

المال، وذلك ثمانية، فتصير عشرة بين البنين الخمس، فتبين أنك قد أخطأت بخمسة؛ لأن حاجتك إلى خمسة؛ لأنك قد أعطيت للموصىٰ له بالنصيب سهماً، فلا تحتاج إلا إلى خمسة فأزل هذا الخطأ، وذلك بالزيادة في النصيب؛ لأن هذا الخطأ إنما جاء من قبل نقصان النصيب فزد في النصيب سهماً فتصير الثلث على خمسه، فنفذ منها الوصيتين، فأعط الموصى له بالنصيب سهمين والموصى له بثلث ما يبقى سهماً يبقى سهمان، ضمهما إلى ثلثي المال، وذلك عشرة فتصير اثني عشر بين البنين الخمس فيظهر أنك أخطأت بسهمين؛ لأن حاجتك إلى عشرة، وكان الخطأ الأول خمسة، فذهب من سهام الخطأ ثلاثة، فتبين أنك مهما زدت في النصيب سهماً تماماً يذهب من سهام الخطأ ثلاثة، وأنك تحتاج إلى أن يذهب ما بقي من سهام الخطأ، وهو سهمان، وطريقه أن تزيد على النصيب ثلثي سهم حتى يذهب الخطأ كله؛ لأن بزيادة سهم تام إذا كان يذهب ثلاثة أسهم من سهام الخطأ يعلم ضرورة أن بزيادة كل ثلث على النصيب يذهب سهم من سهام الخطأ فيذهب بزيادة ثلثي سهم سهمان فصار النصيب سهمين وثلثي سهم، وتمام الثلث وراءه ثلاثة، فصار الثلث كله خمسة أسهم، وثلثي سهم فانكسر، فاضرب خمسة، وثلثي في ثلاثة فتصير سبعة عشر، لأن خمسة في ثلاثة تكون خمسة عشر، وثلثان في ثلاثة تكون سهمين، فذلك سبعة عشر فهو الثلث، والثلثان مثلاً ذلك فتصير أحد وخمسين، والنصيب سهمان وثلثا سهم مضروب في ثلاثة فتصير ثمانية؛ لأن سهمين في ثلاثة ستة وثلثان في ثلثين سهمان فتصير ثمانية فذلك للموصى له بمثل النصيب. بقي إلى تمام الثلث تسعة فأعط للموصى له بثلث ما يبقى من الثلث بعد النصيب ثلثها وذلك ثلاثة يبقى ستة ضمها إلى ثلثي المال، وذلك أربعة وثلاثون فتصير أربعين لكل واحدٍ من البنين الخمسة ثمانية.

وأما تخريجه على طريقة الجامع الأصغر، وهو أنه إذا ظهر لك الخطأ فلا تزيد على النصيب شيئاً، ولكن اضرب الثلث الأول في الخطأ الثاني، والثلث الثاني في الخطأ الأول فما بلغ فاطرح منه أقلهما من أكثرهما فما بقي فهو ثلث المال، والثلث الأول ههنا كان أربعه، والخطأ الثاني كان سهمين، فاضرب سهمين في أربعة فتصير ثمانية، والثلث الثاني خمسة، والخطأ الأول كان خمسة، فاضرب خمسة في خمسة فتصير خمسة وعشرين، فاطرح الأقل من خمسة وعشرين، وذلك ثمانية فيبقى سبعة عشر، فهو ثلث المال.

وهكذا اعمل في النصيب، وهو أنك تضرب النصيب الأول في الخطأ الثاني، والنصيب الثاني في الخطأ الأول فما بلغ فاطرح مثل أقلهما من أكثرهما فما بقي فهو النصيب، والنصيب الأول سهم، والخطأ الثاني سهمان، فسهم في سهمين يكون سهمين، والنصيب الثاني سهمان. والخطأ الأول خمسة فاضرب سهمين في خمسة تكون عشرة، ثم اطرح الأقل وهو سهمان من الأكثر وهو عشرة، فيبقى ثمانية وهو النصيب، والقسمة بينهم على نحو ما ذكرنا. واختار الحساب في الخطأين هذه الطريقة لما فيها من اللين والسهولة؛ لأنه لو زيد على النصيب بعد

ظهور الخطأين يتعين الآخر؛ لأنه قد زاد عليه من حيث الاجزاء من الثلث والثلثين ثم يحتاج إلى الضرب وفيه نوع عسر.

وأما التخريج على طريقة الجامع الأكبر: فهو أنه إذا تبين لك الخطأ الأول فلا تزد على النصيب ولكن ضعف ما وراء النصيب، ووراء النصيب ههنا ثلاثة فإذا ضعفت الثلاثة صارت ستة والثلث سبعة، فأعط بالنصيب سهماً وبثلث ما يبقى سهمين يبقى أربعة، ضمها إلى ثلثي المال، وهو أربعة عشر فيصير ثمانية عشر بين البنين الخمسة، وحاجتك إلى خمسة ـ فتبين أنك قد أخطأت بثلاثة عشر، ثم اضرب هذا الخطأ في الثلث الأول يصير اثنين وخمسين، واضرب الخطأ الأول وهو خمسة في الثلث الثاني وهو سبعة فتصير خمسة وثلاثين، ثم اطرح الأقل من الأكثر فتصير سبعة عشر وفي النصيب اعمل هكذا فاضرب النصيب الأول في الخطأ الثاني فتصير ثلاثة عشر ـ والنصيب الثاني في الخطأ الأول فتصير خمسة، ثم اطرح خمسة من ثلاثة عشر فما بقي فهو النصيب وطريقة الجامع الأصغر أسهل.

ولو أوصى بمثل نصيب أحدهم ولآخر بربع ما يبقى من الثلث بعد النصيب، فالمسألة تخرج من تسعة وستين، للموصى له بمثل النصيب أحد عشر، وللموصى له بربع ما يبقى من الثلث ثلاثة ولكل ابن أحد عشر.

أما التخريج على طريقة الحشو: فهو أن تأخذ عدد البنين وهو خمسة، وتزيد عليها سهماً؛ لأجل صاحب النصيب، فتصير ستة، ثم اضرب الستة في مخرج الربع، وذلك أربعة لأجل صاحب الربع فتصير أربعة وعشرين، ثم اطرح منها سهماً لما ذكرنا فيبقى ثلاثة وعشرون فهو ثلث المال، وثلثاه مثلاه وذلك ستة وأربعون، وجملة المال تسعة وستون والنصيب سهم مضروب في أربعة، ثم الأربعة في ثلاثة فتصير اثني عشر، ثم اطرح منه سهماً يبقى أحد عشر، فهو للموصى له بمثل النصيب، فيبقى إلى تمام الثلث اثنا عشر، فأعط منها ربع ما بقي من الثلث بعد النصيب، وذلك ثلاثة؛ يبقى تسعة، ضمها إلى ثلثي المال، وذلك ستة وأربعون، فتصير خمسة وخمسين بين البنين الخمسة لكل واحد أحد عشر، فاستقام الحساب.

وأما التخريج على طريقة الخطائين: فهو أن تجعل ثلث المال عدداً، لو أعطيت منه النصيب يبقى وراءه عدد له ربع وأقله خمسة، فأعط بالنصيب سهماً يبقى أربعة، فأعط ربع ما يبقى سهماً، يبقى ثلاثة، ضمها إلى ثلثي المال وذلك عشرة، فتصير ثلاثة عشر، وحاجتك إلى خمسة لكل واحد من البنين سهم ليكون نصيب كل واحد منهم مثل نصيب صاحب النصيب، فظهر أنك أخطأت بثمانية أسهم فزد في النصيب سهماً فيصير الثلث ستة فأعط بالنصيب سهمين، وبربع ما يبقى سهماً يبقى ثلاثة ضمها إلى ثلثي المال وهو اثنا عشر فيصير خمسة عشر، فظهر لك أنك أخطأت بخمسة؛ لأن حاجتك إلى عشرة لكل واحد من البنين الخمسة

سهمان كما للموصى له بالنصيب، إلا أنه انتقص من سهام الخطأ في هذه الكرة ثلاثة؛ لأن الخطأ الأول كان بثمانية، وفي هذه الكرة بخمسة، فتبين أنك مهما زدت في النصيب سهماً كاملاً يذهب من سهام الخطأ ثلاثة، فرد ثلثي سهم على سهمين حتى يذهب الخطأ كله، فصار النصيب ثلاثة أسهم. وثلثي سهم ووراءه أربعة أسهم، فيصير الثلث سبعة أسهم وثلثي سهم وانكسر بالأثلاث، فاضرب سبعة أسهم وثلثي سهم في ثلاثة ليزول الكسر فيصير ثلاثة وعشرين، فهو ثلث المال وثلثاه مثلاه وهو ستة وأربعون، فكل المال تسعة وستون والنصيب ثلاثة وثلثان مضروباً في ثلاثة، فيكون أحد عشر والباقي إلى تمام الثلث اثنا عشر، ثلاثة منها وهي ربع ما بقي من كل الثلث بعد النصيب للموصى له بالربع، فيبقى تسعة ضمها إلى ثلثي المال فيصير خمسة وخمسين لكل واحد من البنين أحد عشر، والتخريج على طريقة الأصغر والأكبر على نحو ما بينا.

ولو أوصى بمثل نصيب أحدهم، ولآخر بخمس ما بقي من الثلث بعد النصيب فالمسألة تخرج من سبعة وثمانين لصاحب النصيب أربعة عشر، ولصاحب الخمس ثلاثة ولكل ابن أربعة عشر.

أما التخريج على طريقة الحشو: فعلى نحو ما ذكرنا، أنك تأخذ عدد البنين وذلك خمسة وتزيد عليها واحداً، كما فعلت في المسائل المتقدمة فتصير ستة، ثم اضرب ستة في مخرج الخمس وهو خمسة فتصير ثلاثين ثم انقص منها واحداً للمعنى الذي ذكرنا فيبقى تسعة وعشرون فاجعل هذا ثلث المال وثلثاه مثلاه. وذلك ثمانية وخمسون وجميع المال سبعة وثمانون، فإذا أردت أن تعرف النصيب فخذ النصيب، وذلك سهم فاضربه في خمسة، ثم اضرب خمسة في ثلاثة لما ذكرنا فيما تقدم فيصير خمسة عشر، ثم انقص منها سهماً فيبقى أربعة عشر، فهذا هو النصيب فأعط للموصى له بمثل النصيب يبقى إلى تمام الثلث خمسة عشر فأعط للموصى له بالخمس خمس ذلك، وذلك ثلاثة يبقى هناك اثنا عشر ضمها إلى ثلثي المال وذلك ثمانية وخمسون، فتصير سبعين فاقسمها بين البنين الخمسة لكل ابن أربعة عشر مثل ما كان للموصى له بالنصيب.

وأما التخريج على طريقة الخطائين: فعلى نحو ما بينا، أنك تجعل ثلث المال عدداً لو أعطينا منه نصيباً يبقى وراءه عدد له خمس وأقل ذلك ستة، فتعطى منها سهماً بالنصيب وسهماً بخمس ما يبقى من الثلث بعد النصيب، فيبقى وراءه أربعة، ضمها إلى ثلثي المال، فتصير ستة عشر، فتبين أنك أخطأت بأحد عشر؛ لأن حاجتك إلى خمسة لكل واحد من البنين سهم، مثل ما كان للموصى له بالنصيب فزد في النصيب سهماً فيصير الثلث سبعة فأعط بالنصيب سهمين، ثم أعط بخمس ما بقي سهماً فيبقى هناك أربعة، ضمها إلى ثلثي المال، وذلك أربعة عشر

فتصير ثمانية عشر، فتبين أنك أخطأت في هذه الكرة بزيادة ثمانية؛ لأن حاجتك إلى عشرة لكل ابن سهمان كما كان للموصى له، فظهر لك أن بزيادة كل سهم على النصيب يذهب ثلاثة أسهم من الخطأ وأنك تحتاج إلى أن يذهب ما بقي من سهام الخطأ وهي ثمانية أسهم، فزد سهمين وثلثي سهم على سهمين، فتصير أربعة أسهم وثلثي سهم، وما وراءه خمسة أسهم، فصار الثلث تسعة أسهم وثلثي سهم، فاضرب هذه الجملة في ثلاثة فتصير تسعة وعشرين فهو ثلث المال وثلثاه مثلاه، فتصير جملة المال سبعة وثمانين، فالنصيب أربعة وثلثان مضروب في ثلاثة، فتصير أربعة عشر، والباقي إلى تمام الثلث خمسة عشر، فاخرج منها الخمسد وضم الباقي إلى ثلثي المال على ما علمناك، وطريقتا الجامع الأصغر والأكبر على نحو ما ذكرنا.

ولو أوصى بمثل نصيب أحدهم إلاَّ ثلث ما بقي من الثلث بعد النصيب، فالمسئلة تخرج من سبعة وخمسين، فالنصيب عشرة والاستثناء ثلاثة، ولكل ابن عشرة.

أما على طريقة الحشو، فهو أنك تأخذ نصيب الورثة على عددهم، وذلك خمسة وتزيد عليها واحداً، فتصير ستة، ثم اضرب ستة في ثلاثة؛ لقوله إلاَّ ثلث ما بقي من الثلث بعد النصيب، فتصير ثمانية عشر، ثم زد عليها سهماً؛ لأن الاستثناء من وصيته يوجب زيادة في نصيب الورثة، وهي شائعة في كل المال، فتزيد على ثلث سهماً؛ كما كنت تنقص في المسائل المتقدمة من كل ثلث سهماً؛ لأن النقصان هناك ما كان لذاته لما ذكرنا، ولاستقامة الحساب، وههنا لا يستقيم إلا بالزيادة، فتزاد فتصير تسعة عشر، فاجعل هذا ثلث المال وثلثاه مثلاه، وذلك ثمانية وثلاثون، وجميع المال سبعة وخمسون.

وَإذا أردت معرفة النصيب، فالنصيب كان واحداً، فاضربه في ثلاثة، ثم اضرب ثلاثة في ثلاثة؛ لما ذ كرنا؛ فتصير تسعة، ثم زد عليها واحداً كما زدت في الابتداء، فتصير عشرة، فهذا هو النصيب، وبقي إلى تمام ثلث المال تسعة، فاستثن من النصيب مقدار ثلث ما بقي وهو ثلاثة، فإذا استثنيت من العشرة ثلاثة يبقى للموصى له سبعة أسهم، ما بقي وهو ثلاثة، فإذا استثنيت من العشرة ثلاثة يبقى للموصى له سبعة أسهم، فضم المستثنى وهو الثلاثة مع ما بقي وهو تسعة، وذلك اثنا عشر، إلى ثلثي المال، وذلك ثمانية وثلاثون، فتصير خمسين فاقسمها على البنين الخمس، لكل ابن عشرة مثل ما كان للموصى له قبل الاستثناء.

وأما طريقة الخطائين فهي أن تجعل الثلث على عدد لو أعطيت منه نصيباً يبقى وراءه ثلاثة، ولو استثنيت من النصيب ثلث ما يبقى، يبقى وراءه سهم، وأقل ذلك أن يجعل الثلث على خمسة أسهم، فاعط الموصى له بالنصيب سهمين ثم استثن منه مثل ثلث ما يبقى، وهو واحد، وضمه إلى ما بقي، فتصير أربعة فضمها إلى ثلثي المال وهو عشرة أسهم، فتصير أربعة سهماً، وحاجتك إلى عشرة أسهم لكل ابن سهمان، مثل ما أعطيت للموصى له بالنصيب، فظهر أنك أخطأت بزيادة أربعة أسهم، فزد في النصيب سهماً فتصير ثلاثة ووراءه ثلاثة، ثم استثن منه سهماً وضمه إلى ما بقي

فتصير أربعة، ثم ضمها إلى ثلثي المال وذلك اثنا عشر فتصير ستة عشر، وحاجتك إلى خمسة عشر لكل ابن ثلاثة، مثل ما أعطيت للموصى له بالنصيب، فظهر أنك أخطأت بسهم، والخطأ الأول كان بأربعة، فظهر أن بزيادة سهم على النصيب يذهب ثلاثة أسهم من الخطأ، فتعلَم أن بزيادة أسهم أخر يذهب ما بقي من الخطأ، فزد ثلثاً آخر فيصير النصيب ثلاثة أسهم وثلث سهم، وما بقي ثلاثة أسهم، فتصير ستة أسهم وثلث سهم، فاضربها في ثلاثة فتصير تسعة عشر، فهذا ثلث المال، والنصيب ثلاثة، وثلث سهم مضروب في ثلاثة، فيكون عشرة، والاستثناء منه ثلاثة، فذلك سبعة، وهي للموصي له، ولكل ابن عشرة، فخرجت الفريضة من سبعة وخمسين.

هذا إذا استثنى ثلث ما يبقى من الثلث بعد النصيب، فأما إذا استثنى ربع ما يبقى من الثلث بعد النصيب؛ بأن أوصى له بمثل نصيب أحد بنيه الخمس إلا ربع ما يبقى من الثلث بعد النصيب، فالفريضة من خمسة وسبعين النصيب، منها ثلاثة عشر، والاستثناء ثلاثة ولكل ابن أربعة عشر.

أما طريقة الحشو فما ذكرنا أن تأخذ عدد البنين وتزيد عليه سهماً، فتصير ستة، ثم اضربه في مخرج الربع وذلك أربعة، فتصير أربعة وعشرين ثم زد عليها واحداً؛ لما ذكرنا، فتصير خمسة وعشرين، فاجعل هذا ثلث المال وثلثاه مثلاه، وذلك خمسون وجميع المال خمسة وسبعون.

هذا لمعرفة أصل المال، وأما معرفة النصيب، فإن كان واحداً فاضربه في أربعة؛ لما ذكرنا فيما تقدم، فيصير أربعة، ثم اضرب أربعة في ثلاثة فتصير اثني عشر، فزد عليها واحداً لما ذكرنا أيضاً، فتصير ثلاثة عشر؛ هذا هوالنصيب فيبقى إلى تمام ثلث المال وهو خمسة وعشرون اثنا عشر، فاسترجع من النصيب بحكم الاستثناء ربع ذلك، وهو ثلاثة، فبقي للموصى له عشرة، ثم ضم هذه الثلاثة إلى اثني عشر، فاسترجع من النصيب بحكم الاستثناء ربع ذلك، وهو ثلاثة، فبقي للموصي له عشرة، ثم ضم هذه الثلاثة إلى اثني عشر، فتصير خمسة عشر ثم تضمها إلى ثلثي المال خمسون، فتصير خمسة وستين، فاقسم بين البنين الخمس لكل واحد ثلاثة عشر، مثل ما كان للموصي له بالنصيب قبل الاستثناء.

وأما طريقة الخطائين: فهي أن تجعل ثلث المال عدداً إذا أعطيت منه النصيب يبقى وراءه أربعة، وَإذا استثنيت من النصيب مثل ربع ما بقي من الثلث بعد النصيب، يبقى وراءه سهم، وأقل ذلك ستة فاجعلها ثلثي المال، فاعط بالنصيب سهمين ثم استرجع منه بالاستثناء مثل ربع ما بقي، وذلك سهم، وضمه إلى ما بقي فتصير خمسة، ثم ضمها إلى ثلثي المال وذلك اثنا عشر، فتصير سبعة عشر، فتبين أنك أخطأت بزيادة سبعة، وَإن حاجتك إلى العشرة لكل ابن سهمان مثل ما أعطيت لصاحب النصيب؛ لأن نصيبه مثل نصيبهم فزد في النصيب سهماً فتصير ثلاثة. فاعط بالنصيب ثلاثة أسهم ثم استرجع منه مثل ربع ما يبقى وهو سهم، وضمه إلى ما بقي، وذلك أربعة، فتصير خمسة فضمها إلى ثلثي المال وذلك أربعة عشرة، فتصير تسعة عشر، فيظهر أنك أخطأت في هذه الكرة بأربعة؛ لأن حاجتك إلى خمسة عشر لكل ابن ثلاثة مثل ما أعطيت للموصي له بالنصيب، وتبين لك أنك مهما زدت في النصيب سهماً انتقص من سهام الخطأ ثلاثة، وقد بقي من

سهام الخطأ أربعة، وإنك تحتاج إلى إذهابها، فزد في النصيب قدر ما يذهب به وهو أربعة، فزد في النصيب سهماً وثلث سهم حتى تذهب به سهام الخطأ كلها، فصار النصيب أربعة أسهم وثلث سهم، وما بقي أربعة أسهم، فتصير ثمانية أسهم وثلث سهم، فاضربها في ثلاثة فتصير خمسة وعشرين، هي ثلث المال وثلثاه مثلاه، وذلك خمسون وجملته خمسة وسبعون، والنصيب أربعة أسهم، وثلث سهم مضروب في ثلاثة، فيكون ثلاثة عشر استثن منها ثلاثة فيبقى عشرة، ثم ضم هذه الثلاثة إلى اثني عشر يصير خمسة عشر ثم تضم إلى ثلثي المال وذلك خمسون فتصير خمسة وستيند، واقسمه بين البنين الخمسة لكل ابن ثلاثة عشر مثل ما كان للموصي له قبل الاستثناء، والتخريج على طريقة الجامع الأصغر والأكبر على نحو ما ذكرنا.

ولو كان ثلاث بنين وأوصى لرجل بمثل نصيب أحدهم إلا ثلث ما يبقى من الثلث بعد النصيب، فالمسألة تخرج من تسعة وثلاثين، الثلث منها ثلاثة عشر، والنصيب بعد الاستثناء تسعة، وتخريجها على طريقة الحشو أن تأخذ عدد البنين ـ وهو ثلاثة ـ ثم زد عليه سهماً؛ لأجل النصيب، فتصير أربعة، ثم اضرب الأربعة في ثلاثة؛ لأن المستثنى ثلاثة، فتصير اثني عشر، ثم زد واحداً، فتصير ثلاثة عشر، فهذا ثلث المال وثلثاه مثلاه، وذلك ستة وعشرون.

وأما معرفة النصيب الكامل، فهو أن تأخذ النصيب وذلك سهم واحد، واضربه في مخرج الثلث، فتصير ثلاثة، ثم اضرب ثلاثة في ثلاثة؛ لمكان الثلث فتصير تسعة ثم زد عليها واحداً؛ كما زدت في الثلث فتصير عشرة، فهو النصيب الكامل، فاعط لصاحب النصيب عشرة من الثلث وهو ثلاثة عشر، فيبقى من الثلث بعد النصيب ثلاثة، ثم استرجع من النصيب بسبب الاستثناء ثلث ما يبقى من الثلث، وذلك واحد، وضمه إلى ما بقي من الثلث فتصير أربعة، فهذه الأربعة فضلت عن الوصية، فضمها إلى ثلثي المال وذلك ستة وعشرون، فتصير ثلاثين لكل ابن عشرة مثل النصيب الكامل قبل الاستثناء، وحصل للموصى له بعد الاستثناء تسعة.

وأما التخريج على طريقة الخطائين، فهو أن تجعل ثلث المال عدداً لو أعطيت بالنصيب شيئاً، ثم استرجعت من النصيب بالاستثناء ثلث ما بقي من الثلث بعد النصيب، يبقى في يد الموصى له شيء، وأقل ذلك خمسة، فاعط بالنصيب سهمين ثم استرجع منه سهماً؛ لمكان الاستثناء، وضمه إلى ما بقي من الثلث بعد النصيب، فتصير أربعة، فهي فاضلة من الوصية، فضعها إلى ثلي المال وذلك عشرة، فصار أربعة عشر، وحاجتك إلى ستة؛ لأنك أعطيت بالنصيب الكامل سهمين فظهر أنك أخطأت بثمانية، فزد على النصيب سهماً آخر حتى إذا أعطيت بالنصيب ثلاثة، يبقى بعده ماله ثلث لمكان الاستثناء، فاجعل الثلث ستة فأعط النصيب ثلاثة يبقى ثلاثة، ثم استرجع من النصيب سهماً، فصار معك أربعة فضمها إلى ثلثي المال وذلك اثنا عشر، فصار ستة عشر، وحاجتك إلى تسعة؛ لأنك أعطيت بالنصيب ثلاثة، فيجب أن يكون لكل ابن مثل ذلك ثلاثة، فظهر أنك أخطأت في هذه الكرة بزيادة سبعة، والخطأ الأول كان بزيادة ثمانية، فتبين لك أن كل سهم زيد على الثلث يذهب سهماً من الخطأ، فزد سبعة على

الثلث الأول وهو ستة، فتصير ثلاثة عشر فهو الثلث، فاعط بالنصيب عشرة يبقى إلى تمام الثلث ثلاثة، ثم استرجع سهماً، فصار أربعة، فضمها إلى ثلثي المال وهو ستة وعشرون، فتصير ثلاثين؛ على نحو ما ذكرنا.

وطريقةُ الجامع الأصغر على ما بينا وهو ألاّ تزيد على النصيب عند ظهور الخطأين، ولكن خذ الثلث الأول وذلك خمسة، واضربه في الخطأ الثاني، وذلك سبعة، فتصير خمسة وثلاثين، ثم خذ الثلث الثاني وذلك ستة واضربه في الخطأ الأول، وذلك ثمانية، يصير ثمانية وأربعين، ثم اطرح الأقل من الأكبر يبقى ثلاثة عشر، فهو ثلث المال.

وَأما معرفة النصيب، فخذ النصيب الأول بعد الاستثناء، وذلك سهم، واضربه في الخطأ الثاني، وذلك سبعة، فتصير سبعة، ثم خذ النصيب الثاني وذلك سهمان، واضربه في الخطأ الأول وذلك ثمانية، فتصير ستة عشر، ثم اطرح الأقل من الأكثر يبقى تسعة، فهو النصيب، ثم الباقي على نحو ما ذكرنا.

وأما طريقة الجامع الأكبر: فهو أن تضعف الثلث الأول سوى النصيب وذلك أربعة، فضعفها، فتصير ثمانية، ثم زد عليه للنصيب وذلك سهم، فتصير تسعة، فهو الثلث الثاني، فأعط بالنصيب ثلاثة، يبقى ستة، فثلث ما بقي سهمان، ثم استرجع من النصيب ثلث ما يبقى وذلك سهمان، وضمهما إلى ما معك وذلك ستة، فتصير ثمانية، فهي فاضلة عن الوصية، وضمها إلى ثلثي المال وذلك ثمانية عشر، فتصير ستة وعشرين وحاجتك إلى تسعة؛ لأنك أعطيت بالنصيب ثلاثة، فيجب أن يكون لكل ابن ثلاثة، فظهر أنك أخطأت بزيادة سبعة عشر في طريقة الجامع الأكبر، والخطأ الأول في طريقة الخطأين كان بزيادة ثمانية، فخذ الثلث الأول في طريقة والخطأين وذلك خمسة، واضربه في الخطأ الثاني وذلك سبعة عشر، فتصير خمسة وثمانين، ثم خذ الثلث الثاني وذلك تسعة، واضربه في الخطأ الأول وذلك ثمانية، فتصير اثنين وسبعين، ثم اطر الأقل من الأكثر، يبقى ثلاثة عشر، فهو ثلث المال.

وأما معرفة النصيب، فخذ النصيب الأول من طريق الخطأين، وذلك سهم، واضربه في الخطأ الثاني من الجامع الأكبر، وذلك سبعة عشر بسبعة عشر، وخذ النصيب الثاني وذلك سهم من طريقة الجامع الأكبر، واضربه في الخطأ الأول وذلك ثمانية بثمانية، واطرح الأقل من الأكثر، فيبقى تسعة، فهو النصيب يبقى ثلاثون بين البنين لكل واحد منهم عشرة.

هَذَا إذا قال: إلاّ ثلث ما يبقى من الثلث بعد النصيب، فأما إذا قال: إلا ثلث ما يبقى من الثلث بعد الوصية، فأصل المسألة ما ذكرنا في الفصل الأول، إلا أن في تخريجة ضرب تفاوت.

أمَّا على طريقة الحشو فهو أَنْ تأخذ عدد البنين وذلك ثلاثة، وتزيد عليه واحداً ثم تضربها في مخرج النصف وهو سهمان، وإنما ضربنا هذا في سهمين والأول في ثلاثة؛ لأن مقصود الموصي ههنا أن يكون المستثنى بعد الوصية الحاصلة ثلث ما بقي، ولن يكون ذلك إلا

أن يكون قبل الاسترجاع معه سهمان، حتى إذا استرجعت منه شيئاً يكون المسترجع ثلث ما بقي، ومقصوده في المسألة الأولى إلا أن يكون المستثنى بعد النصيب قبل الاسترجاع مثل ثلاثة، ولن يكون ذلك إلاَّ وأن يكون معه ثلاثة قبل الاسترجاع، حتى إذا استرجعت شئياً يكون المسترجع ربعه، فإذا ضربت أربعة في اثنين بلغ ثمانية، ثم تزيد واحداً فتصير تسعة، فهذا ثلث المال وثلثاه مثلاه، وهو ثمانية عشر.

فأما معرفة النصيب، فخذ النصيب وذلك واحد، واضربه في مخرج الثلث فتصير ثلاثة، فاضرب الثلاثة في مخرج النصف وذلك سهمان، فتصير ستة ثم زد عليه سهماً فتصير سبعة، فهو النصيب، فأعط صاحب النصيب سبعة يبقى إلى تمام الثلث سهمان، ثم استرجع منه سهماً فضمه إلى ذلك فتصير ثلاثة، فضمها إلى ثلثي المال فيصير أحد وعشرون، لكل ابن سبعة.

وأما طريقة الخطائين فهي أن تجعل ثلث المال عدداً لو أعطيت منه نصيباً واسترجعت منه شيئاً، يكون المسترجع مثل نصف، وأقل ذلك أربعة ادفع للموصى له بالنصيب سهمين، ثم استرجع منه سهماً ضمه إلى ما بقي، وهي اثنان، وما بقي وهو سهم المال، فتصير ثلاثة، فضمها إلى ثلثي المال، وذلك ثمانية فتصير أحد عشر، وحاجتك إلى ستة، لأنك أعطيت بالنصيب سهمين، فظهر أنك أخطأت بزيادة خمسة، فزد في النصيب سهماً وأعط بالنصيب ثلاثة، ثم استرجع منه سهماً وضمه إلى ما بقي، فتصير ثلاثة؛ فضمها إلى ثلثي المال، وذلك عشرة، فتصير ثلاثة عشر، وحاجتك إلى تسعة؛ لأنك أعطيت بالنصيب ثلاثة، فظهر أنك قد أخطأت بزيادة أربعة، فظهر أنك كلما زدت درهماً يزول خطأ درهم، فزد في الابتا اء على النصيب قدر خطأ الأول، وهو خمسة، فبلغ سبعة، وبقي إلى تمام الثلث بعد النصيب سهمان، فاسترجع منه سهماً وضمه مع الباقي إلى ثلثي المال، وهو ثمانية عشر، فصار أحداً وعشرين، فأعط لكل ابن سبعة وللموصى له ستة.

هذا إذا قيد قوله إلا ثلث ما يبقى من الثلث بالنصيب أو بالوصية، فأما إذا طلق؛ بأن قال: إلا ثلث ما يبقى من الثلث ولم يزد عليه، قال محمد: قال عامة الحساب ـ يعني: المعروفين بعلم الحساب من أصحاب أبي حنيفة رضي الله عنه ـ مثلَ الحسن بن زياد وغيره.

هذا بمنزلة الفصل الأول، وهو ما إذا قال إلا ثلث ما يبقى من الثلث بعد النصيب، وقال محمد ـ رحمه الله ـ هو بمنزلة الفصل الثاني، وهو ما إذا قال: إلا ثلث ما يبقى من الثلث بعد الوصية.

وجه قول العامة إنه لما قال «أوصيت لك بمثل نصيب أحد بني» فقد أتى بوصية صحيحة، واستحق ربع المال؛ لأنه جعل نصيبه مثل نصيب أحد بنيه؛ كأنه أحد بنيه، فلما قال إلا ثلث ما يبقى من الثلث فقد استخرج بالاستثناء بعض الوصية مطلقاً، وذلك يحتمل بعد الوصية ويحتمل بعد النصيب، إلا أن المستخرج بالاستثناء بعد النصيب أقل، والمستخرج بعد

الوصية أكثر، والأقل متيقن به في استخراجه، وفي استخراج الزيادة شك، فلا يثبت استخراج الزيادة بالشك، بل تبقى الزيادة داخلة تحت المستثنى منه.

وجه قول محمد إن الاستثناء ليس باستخراج بعض الكلام؛ لما فيه من التناقض على ما عرف في أصول الفقه، بل هو تكلم بالباقي بعد الثنيا، فلم يدخل المستثنى في صدر الكلام؛ لأنه دخل ثم خرج بكلام الاستثناء، فلفظ الوصية ههنا مع الاستثناء لم يتناول إلا المستثنى منه، والمستثنى يحتمل الأقل والأكثر، فلا يتناول اللفظ إلا القدر المتيقن به وهو الأقل.

ولو أوصى بمثل نصيب أحدهم إلا ربع ما يبقى من الثلث بعد النصيب، فالمسألة تخرج من أحد وخمسين، النصيب اثنا عشر والاستثناء خمسة، ولكل ابن ثلاثة عشر.

أما تخريجها على طريقة الحشو، فهو أن تأخذ عدد البنين وهو ثلاثة وتزيد عليه واحداً فيصير أربعة، فاضرب أربعة في مخرج السهم المستثنى وهو أربعة، فتصير ستة عشر ثم زد سهماً فتصير سبعة عشر، هذا ثلث المال وثلثاه مثلاه أربعة وثلاثون، فجملته أحد وخمسون.

هذا لمعرفة أصل المال وأما معرفة النصيب؛ فهي أن تأخذ النصيب وذلك سهمٌ، وتضربه في مخرج الثلث فتصير ثلاثة، ثم تضرب الثلاثة في مخرج السهم المستثنى وذلك أربعة، فتصير اثني عشر، ثم تزيد عليه سهماً فتصير ثلاثة عشر. هذا هو النصيب بقي إلى تمام الثلث أربعة، فأعط بالنصيب ثلاثة عشر ثم استرجع مثل ربع ما بقي وهو سهم وضمه إلى ما بقي، فصار خمسة، فضمها إلى ثلثي المال وذلك أربعة وثلاثون، فيبلغ تسعة وثلاثين، فأعط لكل ابن ثلاثة عشر كما أعطيت بالنصيب قبل الاسترجاع.

وأما التخريج على طريقة الخطائين؛ فهو أن تجعل ثلث المال ستة ليبقى بعد إعطاء النصيب والاسترجاع منه مثل ربع ما يبقى، فأعط بالنصيب سهمين ثم استرجع منه مثل ربع ما يبقى، وذلك سهم، وضمه إلى ثلثي المال؛ وذلك اثنا عشر، فتصير سبعة عشر، وحاجتك إلى ستة؛ لأنك أعطيت بالنصيب سهمين فظهر أنك أخطأت بزيادة أحد عشر، فزد في النصيب سهماً تصير ثلاثة، فأعط بالنصيب ثلاثة ثم استرجع منه سهماً وضمه مع الباقي إلى ثلثي المال؛ وذلك أربعة عشر فتصير تسعة عشر وحاجتك إلى تسعة؛ لأنك أعطيت بالنصيب ثلاثة، فظهر أنك أخطأت بزيادة عشرة، وظهر أن كل سهم زائد يزيل خطأ سهم، فزد على النصيب قدر الخطأ الأول، وذلك أحد عشر ليزول الخطأ، فصار ثلاثة عشر، فأعط بالنصيب ثلاثة عشر، ثم استرجع منه سهماً وضمه إلى ما بقي وهي أربعة، فضمها إلى ثلثي المال وذلك أربعة وثلاثون، فتصير تسعة وثلاثين؛ كما ذكرنا.

ولو كان له خمس بنين، فأوصى لرجل بمثل نصيب أحدهم إلا ثلث وربع ما يبقى من الثلث بعد النصيب، فتخريج المسألة على طريقة الحشو؛ أن تأخذ عدد البنين خمسة، وتزيد عليها واحداً فتصير ستة، ثم تضرب ستة في مخرج الجزء المستثنى وهو مثل الثلث والربع، وذلك اثنا عشر،

فتصير اثنين وسبعين، ثم تزيد ثلث مخرج المستثنى وربعه وذلك اثنا عشر، وثلثه وربعه سبعة، فتصير تسعة وسبعين، فهذا ثلث المال وثلثاه مثلاه، وذلك مائة وثمانية وخمسون.

وأما معرفة النصيب فهو أن تأخذ النصيب؛ وذلك سهم وتضربه في مخرج الثلث وذلك ثلاثة، فتصير ثلاثة، ثم تضرب الثلاثة في مخرج السهم المستثنى، وذلك اثنا عشر، فتصير ستة وثلاثين ثم تزيد عليه مثل ثلثه وربعه وهو سبعة، فتصير ثلاثة وأربعين، فهو النصيب بقي إلى تمام الثلث ستة وثلاثون، وأعط بالنصيب ثلاثة وأربعين، ثم استرجع مثل ثلث ما بقي وربعه بعد النصيب؛ وذلك أحد وعشرون، وضمها إلى ما بقي وهو ستة وثلاثون، فتصير سبعة وخمسين، ثم ضمها إلى ثلثي المال وذلك مائة وثمانية وخمسون، فتبلغ مائتين وخمسة عشر، فأعط لكل ابن ثلاثة وأربعين مثل ما أعطيت بالنصيب قبل الاسترجاع وللموصى له اثنين وعشرين.

ولو قال: إلا ثلث، وربع ما بقي من الثلث بعد الوصية الحاصلة، فتخريجها على طريقة الحشو: أن تأخذ عدد البنين خمسة، ثم زد عليه واحداً، فتصير ستة ثم تضربه في خمسة؛ لما بينا فتصير ثلاثين ثم زد عليه مخرج الثلث والربع؛ وذلك سبعة فتصير سبعة وثلاثين، فهو الثلث والثلثان أربعة وسبعون.

وأما معرفة النصيب فخذ النصيب وذلك واحد واضربه في ثلاثة ثم ثلاثة في خمسة، فصارت خمسة عشر، ثم زد عليه مثل مخرج الثلث والربع وهو سبعة فتصير اثنين وعشرين، وبقي إلى تمام الثلث خمسة عشر، فأعط صاحب النصيب اثنين وعشرين، ثم استرجع منه مثل ثلث ما بقي وربعه بعد النصيب، وذلك أحد وعشرون، وضمها إلى ما بقي من الثلث وهو خمسة عشر، فتصير ستة وثلاثين، ضمها إلى ثلثي المال وذلك أربعة وسبعون، تبلغ مائة وعشرة، لكل ابن اثنان وعشرون مثل ما أعطيت صاحب الوصية قبل الاسترجاع، وللموصى له درهم، والله سبحانه وتعالى أعلم.

ولو ترك خمسة بنين، وقد أوصى بمثل نصيب أحدهم، وثلثي ما بقي من الثلث، فالثلث سبعة عشر والنصيبين أربعة عشر، والباقي بعد النصيبين من الثلث ثلاثة تعطي ثلثي ما يبقى من الثلث سهمان من ذلك، يبقى سهم يرد إلى ثلثي المال؛ وذلك أربعة وثلاثون، فتصير خمسة وثلاثين، وتخريجه على طريقة الحشو أن تأخذ عدد البنين وذلك خمسة، وتزيد عليه بالنصيبين سهمين؛ لأن الموصى له بالنصيبين بمنزلة الابنين، فكان البنين سبعة، فتصير الفريضة من سبعة ثم اضربها في ثلاثة؛ لأجل الثلث، فتصير أحد وعشرين، ثم اطرح منه أربعة سهمين بالوصية بالنصيبين وسهمين بثلثي ما يبقى من الثلث لتخريج المسألة، فيبقى سبعة عشر وهو الثلث، وإذا أردت معرفة النصيب، فالوجه فيه أن تأخذ النصيبين وذلك سهمان؛ وتضربهما في ثلاثة، فتصير ستة؛ لأن الوصية، تنفذ من الثلث، ثم اضربه في ثلاثة لأجل ما يبقى من الثلث، فيصير ثمانية عشر، ثم اطرح منه أربعة مثل ما طرحت من الأول، يبقى أربعة عشر فهو النصيبان يبقى

إلى تمام الثلث ثلاثة، فأعط بثلثي ما يبقى من الثلث سهمين، يبقى سهم فاضل عن الوصايا يرد إلى ثلثي المال وذلك أربعة وثلاثون، فتصير خمسة وثلاثين بين البنين الخمسة لكل ابن سبعة، وهو نصف النصيبين، والله سبحانه وتعالى أعلم.

وأما التخريج على طريقة الخطائين؛ فهو أن تجعل ثلث المال سهاماً لو أعطيت بالنصيبين سهمين يبقى بعده ما يخرج منه ثلثان، وذلك خمسة، فأعط بالنصيبين سهمين يبقى ثلاثة، فأعط بثلثي ما يبقى سهمين يبقى سهم يرد إلى ثلثي المال؛ وذلك عشرة، فتصير أحد عشر، وحاجتنا إلى خمسة حتى يكون لكل ابن سهم، فظهر أنك أخطأت بزيادة ستة، فزد في ثلثي المال سهمين، فتصير سبعة فأعط بالنصيبين أربعة يبقى ثلاثة، فأعط بثلثي ما يبقى سهمين يبقى سهم، فزده إلى ثلث المال، وذلك أربعة عشر، فيصير خمسة عشر، وحاجتك إلى عشرة؛ لأنك أعطيت أربعة، فيجب أن يكون لكل ابن سهمان وهم خمسة، فيكون لهم عشرة، فظهر أنك أخطأت في هذه الكرة بزيادة خمسة، والخطأ الأول كان ستة، فمتى زدت سهمين ذهب به من الخطأ سهم، فعلم أن كل سهم يزاد على الثلث يذهب به سهم من الخطأ فيزاد اثنا عشر على الثلث الأول، وهو خمسة حتى يزول الخطأ كله، فتصير سبعة عشر، فهو الثلث ثم الباقي إلى آخره.

وأما على طريقة الجامع الأصغر؛ فهو أن تأخذ الثلث الأول وهو خمسة، واضربه في الخطأ الثاني وهو خمسة، فتصير خمسة وعشرين، وتأخذ الثلث الثاني وذلك سبعة وتضربه في الخطأ الأول، وذلك ستة، فتصير اثنين وأربعين، ثم اطرح الأقل من الأكثر يبقى سبعة عشر فهو الثلث.

والوجه في معرفة النصيب أن تأخذ النصيب الأول وذلك سهمان، وتضربه في الخطأ الثاني وذلك خمسة، فتصير عشرة، ثم تضرب النصيب الثاني، وذلك أربعة في الخطأ الأول، وذلك ستة، فتصير أربعة وعشرين، ثم اطرح الأقل من الأكثر فيبقى أربعة عشر، فهو النصيبان.

وأما على طريقة الجامع الأكبر، فهو أن تضعف الثلث الأول إلا النصيبين وذلك ثلاثة، فتصير ستة ثم زد عليه النصيبين، فتصير ثمانية، وهذا هو الثلث، فأعط بالنصيبين سهمين فيبقى ستة، وأعط ثلثي ما يبقى أربعة يبقى سهمان، يرد إلى ثلثي المال، وذلك ستة عشر، فتصير ثمانية عشر، وحاجتك إلى خمسة؛ لأنك أعطيت بالنصيبين سهمين، فيجب أن يكون لكل ابن سهم، فالخطأ الثاني في الجامع الأكبر زيادة ثلاثة، والخطأ الأول في الخطأين كان زيادة ستة، فخذ الثلث الأول في الخطأين وذلك خمسة، واضربه في الخطأ الثاني وذلك ثلاثة عشر، فتصير خمسة وستين، وخذ الثلث الثاني في الجامع الأكبر؛ وذلك ثمانية، واضربه في الخطأ الأول وذلك ستة، فتصير ثمانية وأربعين، ثم اطرح الأقل من الأكثر يبقى سبعة عشر فهو الثلث.

والوجه في معرفة النصيب أن تأخذ ما جمع من الخطأين أحدهما ستة والآخر ثلاثة عشر، فاطرح الأقل من الأكثر، فإذا طرحت ستة من ثلاثة عشر، يبقى سبعة فهو النصيب.

ولو أوصى بثلث ما يبقى والمسألة بحالها، فالفريضة من سبعة وخمسين والثلث تسعة عشر، والنصيبان ستة عشر، وثلث ما يبقى واحد.

وتخريجها على طريقة الحشو أن تأخذ عدد البنين خمسة ثم زد عليها النصيبين، وذلك سهمان، فتصير سبعة ثم اضربها في ثلاثة، فتصير أحد وعشرين، ثم اطرح منها النصيبين وذلك سهمان، يبقى تسعة عشر؛ فهو الثلث، فقد طرح محمد - رحمه الله - في هذه المسألة سهمين، وفي المسألة المتقدمة طرح أربعة أسهم، سهمين بالنصيبين وسهمين بثلثي ما يبقى، فعلى قياس ما ذكر هناك يجب أن يطرح ههنا أيضاً أربعة.

والوجه في معرفة النصيب أن تأخذ النصيبين وذلك سهمان، وتضربهما في ثلاثة فتصير ستة، ثم تضرب ستة في ثلاثة، فتصير ثمانية عشر، ثم اطرح منه سهمين يبقى ستة عشر، فهو النصيب، وبقي إلى تمام ثلث المال ثلاثة، فأعط بثلث ما يبقى ثلثه وذلك سهم، يبقى سهمان يرد إلى ثلثي المال، وذلك ثمانية وثلاثون، فتصير أربعين تقسم بين البنين لكل ابن ثمانية.

وأما التخريج على طريق الخطائين؛ فهو أن تجعل ثلث المال خمسة، فأعط بالنصيبين سهمين يبقى ثلاثة، فأعط بثلث ما يبقى سهماً يبقى سهم ترد إلى ثلثي المال، وذلك عشرة، فتصير اثني عشر، وحاجتك إلى خمسة، فتبين أنك أخطأت بزيادة سبعة، فزد على الثلث سهمين، فتصير سبعة، فأعط بالنصيبين أربعة، يبقى ثلاثة، فأعط بثلث ما يبقى سهماً يبقى سهمان تضم إلى ثلثي المال؛ وذلك أربعة عشر، فتصير ستة عشر، وحاجتك إلى عشرة، فظهر أنك أخطأت في هذه الكرة بزيادة ستة والخطأ الأول كان زيادة سبعة، فعلمت أن كل سهمين تزاد في الثلث تذهب من الخطأ سهماً، فزد في الثلث الأول أربعة عشر سهماً حتى يزول الخطأ كله، فإذا زدت على خمسة أربعة عشر تصير تسعة عشر، فهو الثلث، ثم يأتي الكلام على نحو ما ذكرنا.

والتخريج على طريقة «الجامع الأصغر والأكبر» على نحو ما بينا، فإذا مات رجل وترك أمًا وابنتين وامرأتين وعصبة، وأوصى لرجل بمثل نصيب إحدى ابنتيه، وبثلث ما يبقى من الثلث لآخر، فالفريضة من ستة وستين والنصيب ستة عشر، وثلث الباقي اثنان وللبنتين اثنان وثلاثون، وللأم ثمانية، وللمرأة ستة وللعصبة سهمان.

هكذا أخرجها محمد - رحمه الله - في الأصل، ومشايخنا - رحمهم الله - خرجوها من نصف ما خرجها في الكتاب من غير كسرٍ وهو ثلاثة وثلاثون.

وطريق هذا التخريج أن أصل هذه الفريضة من أربعة وعشرين لحاجتك إلى الثمن والثلثين والسدس، فللمرأة الثمن ثلاثة أسهم، وللبنتين الثلثان ستة عشر، وللأم السدس أربعة أسهم، وللعصبة سهم، فالبنتان يستحقان السهمين وهو الثلثان، والباقون يستحقون سهماً واحداً وهو الثلث، فصار في المعنى كأن عدد الورثة ثلاثة؛ لأن سهامهم ثلاثة، فاجعل كأن له ثلاثة بنين أوصى لرجل بمثل نصيب أحدهم وبثلث ما يبقى من الثلث.

ولو كان هكذا فالجواب سهل؛ وهو أن تأخذ عدد البنين ثلاثة وتزيد عليها سهماً، لأجل الوصية الأولى، وتضربها في ثلاثة لأجل الوصية الثانية، فتصير اثني عشر ثم اطرح منها سهماً لأجل الوصية الثانية، فيصير ثلث المال أحد عشر وثلثاه مثلاه، وذلك اثنان وعشرون، فتصير جملة المال ثلاثة وثلاثين والنصيب سهم واحد مضروب في ثلاثة، ثم في ثلاثة، فتصير تسعة ثم اطرح منها سهماً فيبقى ثمانية، فأعط لصاحب النصيب ثمانية وأعط ثلث ما يبقى، وذلك سهم واحد، فتصير تسعة وبقي إلى تمام الثلث سهمان ضمها إلى الثلثين وهو اثنان وعشرون، فتصير أربعة وعشرين للبنتين الثلثان، لكل واحدة ثمانية، مثل ما أعطيت لصاحب النصيب، وللأم أربعة أسهم، وللمرأة ثلاثة أسهم، وللعصبة سهم، فخرجت المسألة من نصف ما خرج في الكتاب، ولو أوصى بمثل نصيب إحدى البنتين إلا ثلث ما يبقى من الثلث بعد النصيب، فالفريضة من ستماية وأربعة وعشرين، والنصيب مائة وستون وثلث الباقي ستة عشر، وطريق التخريج أن تجعل كأن عدد الورثة ثلاثة، زد عليها سهماً لأجل الوصية فتصير أربعة، ثم اضرب أربعة في ثلاثة، فتصير اثني عشر، ثم زد عليها سهماً تصير ثلاثة عشر فاجعل هذا ثلث المال، وثلثاه مثلاه، فتصير تسعة وثلاثين، والنصيب سهم في ثلاثة ثم في ثلاثة: فذلك تسعة، ثم زد عليها سهماً فتصير عشرة ثم استثن منها سهماً مثل ثلث ما يبقى، وضمه إلى ما بقي فتصير أربعة، ثم ضم الأربعة إلى ثلثي المال، فتصير ثلاثين لكل بنت عشرة مثل ما أعطيت قبل الاستثناء، وللأم السدس خمسة بقي خمسة بين المرأة والعصبة أرباعاً؛ لأن حق المرأة في ثلاثة أسهم وحق العصبة في سهم، فيكون حقها ثلاثة أضعاف حق العصبة، فإن رضيت بالكسر فاجعل الخمسة الباقية بينهما أرباعاً، وإن لم ترض فاضرب أصل الحساب في أربعة، فتكون مائة وستة وخمسين منها تخرج السهام على الصحة، وهو ربع ما خرجه محمد في الكتاب.

ولو أوصى بمثل نصيب المرأة وبثلث ما يبقى من الثلث، فالفريضة من مائتين وأربعة وثلاثين، والنصيب أربعة وعشرون وثلث الباقي ثمانية عشر.

وطريقه أن تجعل كأن عدد الورثة ثمانية؛ لأن السهام ثمانية، فكأنه أوصى بمثل نصيب أحدهم، فزد عليه سهماً، فتصير تسعة ثم اضربها في ثلاثة، فتصير سبعة وعشرين ثم اطرح

منها سهماً، فيبقى ستة وعشرون، فهذا ثلث المال، وجميع المال ثمانية وسبعون، والنصيب سهم مضروب في ثلاثة ثم في ثلاثة، فتصير تسعة، ثم اطرح منها سهماً فيبقى ثمانية، وثلث ما يبقى ستة، فيبقى اثنا عشر، ضمها إلى ثلثي المال وذلك اثنان وخمسون، فتصير أربعة وستين، للمرأة منها ثمانية، وتبين أنك أعطيت للموصى له بمثل نصيبها. مثل نصيبها ثمانية، فيبقى ستة وخمسون لا تستقيم بين الأم والبنتين والعصبة؛ لأنه يجب أن يكون للبنتين ثلثا أربعة وستين، وليس لها ثلث صحيح، وللأم سدسها، وليس لها سدس صحيح أيضاً، غير أن بين مخرج السدس وحسابنا موافقة بنصف ونصف، فاضرب أحدهما في وفق الآخر وهو ثمانية وسبعون في ثلاثة؛ فيبلغ الحساب مائتين وأربعة وثلاثين كما قال في الكتاب.

فكل من كان له سهم في الحساب الأول، صار له ثلاثة في الحساب الثاني، كان حق الموصى له في ثمانية، فصار أربعة وعشرين وحق البنتين في اثنين وأربعين وثلثي درهم، فصار مائة وثمانية وعشرين، وحق الأم في عشرة وثلثي درهم مضروباً في ثلاثة، فيكون اثنين وثلاثين، وحق العصبة في درهمين وثلثي درهم مضروباً في ثلاثة، فيكون ثمانية دراهم.

ولو كان لرجل خمس بنين، فأوصى لأحدهم بكمال الربع بنصيبه، ولآخر بثلث ما يبقى من الثلث، فأجازوا، فالفريضة من اثني عشر النصيب اثنان وتكملة الربع سهم واحد، وثلث ما يبقى من الثلث واحد؛ لأن الوصية للوارث صحيحة عند إجازة الورثة، وتفاوت ما بين نصيبه والربع سهم؛ لأنه لو لم يكن ههنا وصية لأجنبي، لكان له الربع والباقي بين البنين الأربعة أرباعاً، فاحتجنا إلى حساب له ربع ولباقيه ربع، وأقله ستة عشر، فيعطى له ربع المال أربعة، والباقي بين البنين الأربعة أرباعاً؛ لكل ابن ثلاثة وله أربعة، فتبين أنه بهذه الوصية لا يستحق إلاَّ سهماً، فإذا أوصى لغيره بثلث ما يبقى من الثلث، فخذ حساباً له ثلث وربع وأقله اثنا عشر، فثلثه أربعة وربعه ثلاثة، فأعط للموصى له بكمال الربع سهمان وللآخر سهماً، لأن ثلث ما يبقى من الثلث بعد كمال الربع سهم بقي اثنان، ضمهما إلى ثلثي المال، فتصير بين البنين الخمسة؛ لكل ابن سهمان.

فتبين أنا إذا أعطينا له ربع المال فنصيبه بنصيبه سهمان مثل ما أصاب هؤلاء، والله سبحانه وتعالى أعلم.

ومنها: التقدير بثلث المال إذا كان هناك وارث ولم يجز الزيادة، فلا تجوز الزيادة على الثلث إلا بإجازة الوارث الذي هو من أهل الإجازة.

والأصل في اعتبار هذا الشرط ما روينا من حديث سعد رضي الله عنه أنه قال لرسُولِ الله ﷺ: أَوصِي بِجَمِيعِ مَالِي؟ فَقَال: «لاَ»، فَقَالَ: فَبِثُلُثَيْهِ؟ فَقَالَ: «لاَ»، فَقَالَ: فَبِنصْفِهِ؟ قَالَ

عَلَيْهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ: «لاَ»، قَالَ: فَبِثُلُثِهِ؟ فَقَالَ عَلَيْهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ: «الثُّلُثُ وَالثُّلُثُ كَثِيرٌ؛ إِنَّكَ إِنْ تَدَعَ وَرَثَتَكَ أَغْنِيَاءَ خَيْرٌ لَكَ مِنْ أَنْ تَدَعَهُمْ عَالَةً يَتَكَفَّفُونَ النَّاسَ»[١].

وقوله عليه الصلاة والسلام: «**إِنَّ اللهَ تَبَارَكَ وَتَعَالَىٰ تَصَدَّقَ عَلَيْكُمْ بِثُلُثِ أَمْوالِكُمْ فِي آخِرِ أَعْمَارِكُمْ زِيَادَةً فِي أَعْمَالِكُمْ**»[٢] ولأن الوصية بالمال إيجاب الملك عند الموت.

وعند الموت حق الورثة متعلق بماله إلا في قدر الثلث، فالوصية بالزيادة على الثلث تتضمن إبطال حقهم؛ وذلك لا يجوز من غير إجازتهم. وسواءً كانت وصيته في المرض أو في الصحة؛ لأن الوصية إيجاب مضاف إلى زمان الموت، فيعتبر وقت الموت لا وقت وجود الكلام، واعتبارها وقت الموت يوجب اعتبارها من الثلث؛ لما ذكرنا أنه وقت تعلق حق الورثة بالتركة؛ إذ الموت لا يخلو عن مقدمة مرض، وحقهم يتعلق بماله في مرض موته إلا في القدر المستثنى؛ وهو الثلث.

فرق بين الوصية وغيرها من التبرعات؛ كالهبة والصدقة؛ أن المعتبر هناك وقت العقد، فإن كان صحيحاً تجوز في جميع ماله، وإن كان مريضاً لا تجوز إلا في الثلث؛ لأن الهبة والصدقة كل واحد منهما إيجاب الملك للحال، فتعتبر فيهما حال العقد، فإذا كان صحيحاً فلا حق لأحدٍ في ماله، فيجوز من جميع المال، وإذا كان مريضاً كان حق الورثة متعلقاً بماله، فلا يجوز إلا في قدر الثلث؛ وكذا الإعتاق في مرض الموت والبيع والمحاباة قدر ما لا يتغابن الناس فيه، وإبراء الغريم والعفو عن دم الخطأ يعتبر ذلك كله من الثلث كالهبة والصدقة؛ لتعلق حق الورثة بمال المريض مرض الموت فيما وراء الثلث.

ويجوز العفو عن دم العمد ولا يعتبر فيه الثلث؛ لأن حق الورثة إنما يتعلق بلمال، والقصاص ليس بمالٍ.

وكذا إن شاء الكفالة بالدين في حال المرض وضمان الدرك؛ لأنه تبرعٌ بالتزام الدين، فيعتبر من الثلث كما تعتبر الهبة؛ لأنه يتهم فيه كما يتهم في الهبة.

ولو أقر في مرضه بكفالته بالدين حال صحته، فحكم هذا الدين حكم دين المرض؛ حتى لا يصدق في حق غرماء الصحة، ويكون المكفول له مع غرماء المرض سواء ولو كفل في صحته وأضاف ذلك إلى ما يستقبل؛ بأن قال المكفول له: كفلت بما يذوب لك على

---

(١) تقدم.

(٢) تقدم.

فلان، ثم وجب له على فلان دين في حال مرض الكفيل، فحكم هذا الدين وحكم دين الصحة سواء، حتى يضرب المكفول له بجميع ما يضرب به غريم الصحة؛ لأن الكفالة وجدت في حال الصحة.

وعن إبراهيم النخعي ـ رحمه الله ـ فيمن أوصى لأم ولده في حياته وصحته، ثم مات ـ إنه ميراث، ولو أوصى عند موته لها بوصية فهي لها من الثلث.

والأول محمولٌ على ما إذا أعطاها شيئاً في حياته على وجه الهبة؛ لأن الهبة منها لا تتصور حقيقة، لكونها تمليكاً؛ وهي ليست من أهل الملك؛ لأنها مملوكة.

والثاني: يجري على ظاهره، لأنه الوصية بالمال إيجاب الملك عند الموت، وهي عند الموت من أهل الملك لكونها حرة، فكانت من أهل الوصية لها.

ولو أوصىٰ بما زاد على الثلث ولا وارث له، تجوز من جميع المال عندنا.

وعند الشافعي: لا تجوز إلا من الثلث.

والمسألة ذكرناها في «كتاب الولاء».

وكذلك إذا كان له وارث، وأجاز الزيادة على الثلث؛ لأن امتناع النفاذ في الزيادة لحقه، وإلا فالمنفذ للتصرف وهو الملك قائم، فإذا أجاز فقد زال المانع، ثم إذا جازت بإجازته، فالموصى له يملك الزيادة من قبل الموصي، لا من قبل الوارث، فالزيادة جوازها جواز وصيته من الموصي، لا جواز عطية من الوارث؛ وهذا قول أصحابنا ـ رضي الله عنهم ـ.

وقال الشافعي ـ رحمه الله: جوازها جواز هبة وعطية؛ حتى يقف ثبوت الملك فيها على القبض عنده، وعندنا لا يقف.

وجه قوله: إن النفاذ لما وقف على إجازة الوارث فدل أن الإجازة هبة منه، والدليل عليه أن الوارث لو أجاز الوصية في مرض موته تعتبر إجازته من ثلثه، فثبت أن التمليك منه.

ولنا: أن الموصي بالوصية متصرفٌ في ملك نفسه، والأصل فيه النفاذ لصدور التصرف من الأهل في المحل، وإنما الامتناع لمانع وهو حق الوارث، فإذا أجاز فقد أزال المانع، وينفذ بالسبب السابق لا بإزلة المانع؛ لأن إزالته شرط، والحكم بعد وجود الشرط يضاف إلى السبب لا إلى الشرط، ويتوقف ثبوته على السبب في الحقيقة لا على الشرط؛ لأن الشروط كلها شروط الأسباب لا شروط الأحكام؛ على ما عرف في أصول الفقه، وقد خرج الجواب عما ذكر.

وأما إجازته في مرض موته فإنما اعتبرت من ثلثه، لا لكون الإجازة منه تمليكاً وإيجاباً

للملك؛ لأن الإجازة لا تنبىء عن التمليك، بل هي إزالة المانع عن وقوع التصرف تمليكاً بإسقاط الحق عن مال التصرف، وهو متبرعٌ في هذا الإسقاط، فيعتبر تبرعه من الثلث؛ كما يعتبر تبرعه بالتمليك بالهبة من الثلث، فإن أجاز بعض الورثة ورد بعضهم، جازت الوصية بقدر حصة المجيز منهم، وبطلت بقدر أنصباء الرادين؛ لأن لكل واحد منهم ولاية الإجازة والرد في قدر حصته، فتصرف كل واحد منهم في نصيبه صدر عن ولاية شرعية، فينفذ، ثم إنما تعتبر إجازة من أجاز إذا كان المجيز من أهل الإجازة؛ بأن كان بالغاً عاقلاً، فإن كان مجنوناً أو صبيًّا لا يعقل لا تعتبر إجازته، فإن كان عاقلاً بالغاً لكنه مريضٌ مرضَ الموت، جازت إجازته، ثم إن كان الوارث واحداً كانت إجازته بمنزلة ابتداء الوصية؛ حتى لو كان الموصى له وارثه لا تجوز إجازته إلا أن تجيزها ورثة المريض بعد موته، وَإن كان أجنبيًّا تجوز إجازته وتعتبر من الثلث، ثم وقت الإجازة هو ما بعد موت الموصي، ولا تعتبر الإجازة حال حياته؛ حتى أنهم لو أجازوا في حياته - لهم أن يرجعوا عن ذلك بعد موته، وهذا قول عامة العلماء - رضي الله عنهم -.

وقال ابن أبي ليلى - رحمه الله - تجوز إجازتهم بعد موته وحال حياته، وإذا أجازوا في حياته، فليس لهم أن يرجعوا بعد موته، ولا خلاف في أنهم إذا أجازوا بعد موته ليس لهم أن يرجعوا بعد ذلك.

وجه قول ابن أبي ليلى أن إجازتهم في حال الحياة صادفت محلها؛ لأن حقهم يتعلق بماله في مرض موته، إلا أنه لا يظهر كون هذا المرض مرض الموت إلا بالموت، فإذا اتصل به الموت تبين أنه كان مرض الموت، فتبين أن حقهم كان متعلقاً بماله، فتبين أنهم أسقطوا حقهم بالإجازة، فجازت إجازتهم.

ولنا إن حقهم إنما يثبت عند الموت؛ لأنه إنما يعلم بكون المرض مرض الموت عند الموت، فإذا مات الآن علم كونه مرض الموت، فيثبت حقهم الآن؛ إلا أنه إذا ثبت حقهم عند الموت استند الحق الثابت إلى أول المرض، والاستناد إنما يظهر في القائم لا في الماضي، وإجازتهم قد مضت لغواً ضائعاً؛ لانعدام الحق حال وجوده، فلا تلحقها الإجازة.

والدليل على أن حق الورثة لا يثبت في حال المرض بطريق الظهور المحض أن المريض يحل له أن يطأ جاريته، ولو ثبت الملك عند الموت بطريق الظهور المحض لتبين أنه وطىء ملك غيره، فتبين أنه كان حراماً، وليس كذلك بالإجماع؛ على أن في إثبات الحق في المرض على طريق الظهور المحض إبطال الحقيقة عند الموت، فلا يجوز اعتبار الحق للحال؛ لإبطال الحقيقة عند الموت، فكان اعتباره من طريق الاستناد، فيظهر في القائم لا في الماضي.

وَلَوْ أَوْصَىٰ بِأَلْفِ دِرْهَمٍ مِنْ مَالِ رَجُلٍ أَوْ عَبْدٍ أَوْ شَيْءٍ آخَرَ لَهُ فَأَجَازَهُ ذٰلِكَ الرَّجُلُ قَبْلَ

مَوْتِهِ أَوْ بَعْدَ مَوْتِهِ فله أن يرجع عنه ما لم يدفعه إلى الموصى له، فإذا دفعه إليه جاز؛ لأن جوازه ليس بجواز وصيته؛ إذ لا ولاية على مال الغير، وإنما جوازه جواز هبة من صاحب المال، فلم تكن إجازته إجازة إسقاط حق، بل هو عقد هبة منه؛ لأن تصرف الموصي صادف ملك غيره، فَوقف على إجازته، فإذا أجازه الغير فوقع هبة من جهته لا وصية من الموصي؛ كأنه وهبه ابتداء، فإن سلم جازت الهبة، وإلا فلا؛ بخلاف الوصية بما زاد على الثلث إذا أجازها الورثة أنها تجوز، ولا يشترط فيها التسليم إلى الموصى له؛ لأن التصرف هناك وقع وصية لمصادفته ملك نفسه، فلا يفتقر إلى التسليم، وَإنما يفتقر إلى الإجازة، فإذ وجدت الإجازة جازت الوصية ونفذت، وسواء كان الموصى به جزءاً مسمى كالثلث والنصف، أو كان جميع المال أو كان عيناً مشاراً إليها؛ بأن أوصى بعبد له أو ثوب له أن يعتبر في ذلك كله الثلث، فإن كان يخرج من ثلث جميع ماله فهو له، وإن كان لا يخرج فله منه قدر ما يخرج، وَإن لم يكن له مال آخر، فله ثلثه والثلثان للورثة، وسواء كانت الوصية واحدة أو اجتمعت الوصايا أنه ينفذ الكل من الثلث إن أمكن تنفيذ الكل منه، وَإن لم يمكن وضاق الثلث عن الكل، يتضارب فيه، ويقدم البعض على البعض عند وجود سبب التقدم.

وبيان هذه الجملة أن الوصايا إذا اجتمعت، فالثلث لا يخلو إما إن كان يسع كل الوصايا، وإما أن لا يسع الكل، فإن كان يسع الكل تنفذ الوصية من الثلث في الكل؛ لأن الوصية تعلقت بالكل، وأمكن تنفيذها في الكل، فتنفذ، سواء كانت الوصايا لله تبارك وتعالى؛ كالوصية بالقرب من الوصية بالحج الفرض والزكاة، والصوم، والصلاة، والكفارات، والنذور، وصدقة الفطر، والأضحية، وحج التطوع، وصوم التطوع، وبناء المساجد، وإعتاق النسمة، وذبح البدنة؛ ونحو ذلك.

أو كانت للعباد كالوصية لزيد وعمرو وبكر وخالد؛ وكذلك لو كان الثلث لا يسع الكل، لكن الورثة أجازت.

فأما إذا كان الثلث لا يسع ولم تجز الورثة، فالوصايا لا تخلو إما إن كانت كلها لله تعالى عزَّ وجلَّ ـ وهي الوصية بالقرب، أو كان بعضها لله تعالى والبعض للعباد، فإن كان الكل لله تعالى، فلا يخلو إما إن كان الكل فرائض أو واجبات أو نوافل، أو اجتمع في الوصايا من كل جنس من الفرائض والواجبات والتطوعات، فإن كان الكل فرائض متساوية، يبدأ بما قدمه الموصي؛ لأن عند تساويها لا يمكن الترجيح بالذات، فيرجح بالبداية؛ لأن البداية دليل اهتمامه بما بدأ به؛ لأن الإنسان يبدأ بالأهم فالأهم عادةً.

واختلفت الرواية عن أبي يوسف في الحج والزكاة، روي عنه أنه يبدأ بالحج وَإن أخره الموصي في الذكر، وروي عنه أنه يبدأ بالزكاة، وهو قول محمدٍ.

وجه الرواية الأولى أن الحج عبادة بدنية، والزكاة عبادة مالية، والعبادة البدنية أولى؛ لأن النفس أنفس وأعز من المال؛ فكان تقرباً إلى الله تبارك وتعالى بأعز الأشياء وأنفسها عنده، فكان أقوى، فكانت البداية به أولى على أن الحج عبادة بدنية لها تعلق بالمال والزكاة عبادة مالية لا تعلق لها بالبدن، فكان الحج أقوى، فكان أولى بالتقدم.

وجه الرواية الأخرى أن الحج تمحض حقاً لله تعالى، والزكاة يتعلق بها حق العبد، فيقدم لحاجة العبد وغنى الله عزَّ وجلَّ.

وقالوا في الحج والزكاة أنهما يقدمان على الكفارات؛ لأنهما واجبان بإيجاب الله ابتداء من غير تعلقٍ وجوبهما بسبب من جهة العبد، والكفارات يتعلق وجوبها بأسباب توجد من العبد من القتل والظهار واليمين، والواجب ابتداء أقوى، فيقدم، والكفارات متقدمة على صدقة الفطر؛ لأن صدقة الفطر واجبة والكفارات فرائض، والفرض مقدم على الواجب؛ ولأن هذه الكفارات منصوصٌ عليها في الكتاب العزيز، ولا نَصَّ في الكتاب على صدقة الفطر، وَإِنما عرفت بالسنة المطهرة، فكان المنصوص عليه في الكتاب العزيز أقوى، فكان أولى، وصدقة الفطر مقدمة على الأضحية، وَإِن كانت الأضحية أيضاً واجبة عندنا، لكن صدقة الفطر متفق على وجوبها، والأضحية وجوبها محل الاجتهاد، فالمتفق على الوجوب أقوى، فكان بالبداية أولى.

وكذا صدقة الفطر مقدمة على كفارة الفطر في رمضان؛ لأن وجوب تلك الكفارة ثبت بخبر الواحد، وصدقة الفطر ثبت وجوبها بأخبار مشهورة، والثابت بالخبر المشهور أقوى، فيقدم.

وقالوا: إن صدقة الفطر تقدم على المنذور به؛ لأنها وجبت بإيجاب الله تبارك وتعالى ابتداء، والمنذور به وجب بإيجاب العبد، وقد تعلق وجوبه أيضاً بسبب مباشرة العبد فتقدم الصدقة، والإشكال عليه أن صدقة الفطر من الواجبات لا من الفرائض؛ لأن وجوبها ثبت بدليل مقطوع به، بل بدليل فيه شبهة العدم؛ ولهذا لا يكفر جاحده.

والوفاء بالمنذور به فرض؛ لأن وجوبه ثبت بدليل مقطوع به، وهو النص المفسر من الكتاب العزيز؛ قال الله ـ تبارك وتعالى: ﴿وَلْيُوفُوا نُذُورَهُمْ﴾ [الحج:٢٩] والفرض مقدم على الواجب، ولهذا يكفر جاحد وجوب الوفاء بالنذر، وفي كتاب الله عز وجل دليل عليه؛ وهو قوله ـ سبحانه وتعالى ـ: ﴿وَمِنْهُمْ مَنْ عَاهَدَ اللهَ لَئِنْ آتَانَا مِنْ فَضْلِهِ لَنَصَّدَّقَنَّ وَلَنَكُونَنَّ مِنَ الصَّالِحِينَ، فَلَمَّا آتَاهُمْ مِنْ فَضْلِهِ بَخِلُوا بِهِ وَتَوَلَّوْا وَهُمْ مُعْرِضُونَ فَأَعْقَبَهُمْ نِفَاقاً فِي قُلُوبِهِمْ إِلَى يَوْمِ يَلْقَوْنَهُ بِمَا أَخْلَفُوا اللهَ مَا وَعَدُوهُ وَبِمَا كَانُوا يَكْذِبُونَ﴾ [التوبة:٧٥ ـ ٧٧] والمنذور به مقدم على الأضحية؛ لأنه واجب الوفاء بيقين، وفي وجوب الأضحية شبهة العدم؛ لكونه محل الاجتهاد،

والأضحية تقدم على النوافل؛ لأنها واجبة عند أبي حنيفة ـ رضي الله عنه ـ، وسنة مؤكدة عندهما، والشافعي ـ رحمه الله ـ، والواجب والسنة المؤكدة أولى من النافلة، فالظاهر من حال الموصي أنه قصد تقديمها على النافلة؛ تحسيناً للظن بالمسلم، إلا أنه تركه سهواً، فيقدم بدلالة حالة التقديم وإن أخره بالذكر على سبيل السهو.

هذا الذي ذكرنا إذا لم يكن في الوصايا بالقرب إعتاق منجز، وهو الإعتاق في مرض الموت، أو إعتاق معلق بالموت؛ وهو التدبير، فإن كان تقدم ذلك لأن الإعتاق المنجز والمعلق بالموت لا يحتمل الفسخ، فكان أقوى، فيقدم.

وأما الوصية بالإعتاق فإن كان إعتاقاً واجباً في كفارة، فحكمه حكم الكفارات، وقد ذكرنا ذلك، وإن لم يكن واجباً فحكمه حكم سائر الوصايا المتنفل بها، من: الصدقة على الفقراء، وبناء المساجد، وحج التطوع؛ ونحو ذلك؛ لأن الوصية بالإعتاق يلحقها الفسخ؛ كما يلحق سائر الوصايا، فكانت الوصية بالإعتاق غير واجبة مثل سائر الوصايا، فلا تقدم، بخلاف الإعتاق المنجز في المرض والمعلق بالموت؛ لأنه لا يلحقهما الفسخ، فكان أقوى، فيقدم على سائر الوصايا.

وَإن كانت الوصايا بعضها لله سبحانه وتعالى، وبعضها للعباد، فإن أوصى لقوم بأعيانهم، يتضاربون بوصاياهم في الثلث، ثم ما أصاب العباد فهو لهم، لا يقدم بعضهم على بعض لما تبين، وما كان لله تبارك وتعالى بجميع ذلك، فيبدأ منها بالفرائض، ثم بالواجبات، ثم بالنوافل.

وإن كان مع الوصايا لله تبارك وتعالى وصية لواحد معين من العباد، فإنه يضرب بما أوصى له به مع الوصايا بالقرب، ويجعل كل جهة من جهات القرب مفردة بالضرب، فإن قال: ثلث مالي في الحج والزكاة والكفارات ولزيد، فإن الثلث يقسم على أربعة أسهم: سهم للموصى له، وسهم للحج، وسهم للزكاة، وسهم للكفارات؛ لأن كل جهة من هذه الجهات غير الأخرى، فتفرد كل جهة بسهم كما لو أوصى بثلث ماله لقوم معينين.

فإن قيل جهات القرب. وإن اختلفت، فالمقصود منها كلها واحد، وهو طلب مرضاة الله تبارك وتعالى وابتغاء وجهه الكريم، فينبغي أن يضرب للموصى له بسهم، والقرب بسهم.

فالجواب أن المقصود من الكل وإن كان واحداً وهو ابتغاء وجه الله عزَّ وجلَّ وطلب مرضاته، لكن الجهة منصوص عليها، فيجب اعتبارها، كما لو أوصى بثلث ماله للفقراء والمساكين وأبناء السبيل أن كل واحد منهم يضرب بسهمه، وَإن كان المقصود من الكل التقرب إلى الله سبحانه وتعالى، لكن لما كانت الجهة منصوصاً عليها اعتبر المنصوص عليه؛ كذا ههنا.

هذا إذا كانت الوصايا كلها لله تبارك وتعالى، أو بعضها لله تبارك وتعالى وبعضها للعباد، فأما إذا كانت كلها للعباد، فإنها لا تخلو من أحد وجهين: إما إن كانت كلها في الثلث، لم يجاوز واحدة منها قدر الثلث، وَإما إن جاوزت، فإن لم تجاوز بأن أوصى لإنسان بثلث ماله ولآخر بالربع ولآخر بالسدس، فإنهم يتضاربون في الثلث بقدر حقوقهم، فيضرب صاحب الثلث بثلث الثلث، وصاحب الربع بربع الثلث، وصاحب السدس بسدس الثلث، فيضرب كل واحد منهم بقدر فريضته من الثلث، فلا يقدم بعضهم على بعض إلا إذا كان مع هذه الوصايا أحد الأشياء الثلاثة: الإعتاق المنجز في المرض، أو المعلق بالموت في المرض، أو في الصحة؛ وهو التدبير، أو البيع بالمحاباة بما لا يتغابن الناس فيه في المرض، فيقدم هو على سائر الوصايا التي هي للعباد؛ كما يقدم على الوصايا بالقرب، فيبدأ بذلك قبل كل وصية، ثم يتضارب أهل الوصايا فيما يبقى من الثلث، ويكون بينهم على قدر وصاياهم، وَإنما قال إنه لا يقدم البعض على البعض في غير المواضع المستثناة، لأن تقديم البعض على البعض يستدعي وجود المرجح، ولم يوجد؛ لأن الوصايا كلها استوت في سبب الاستحقاق؛ لأن سبب استحقاق كل واحد منهم مثل سبب صاحبه، والاستواء في السبب يوجب الاستواء في الحكم، ولا استواء في سبب الاستحقاق في مواضع الاستثناء؛ لأن الإعتاق المنجز والمعلق بالموت لا يحتمل الفسخ، والمحاباة تستحق بعقد ضمان وهو البيع؛ إذ هو عقد معاوضة، فكان البيع مضموناً بالثمن، والوصية تبرع، فكانت المحاباة المتعلقة بعقد الضمان أقوى، فكانت أولى بالتقديم، وإن اجتمع العتق والمحاباة، وضاق الثلث عنهما، فقد قال أبو حنيفة ـ رحمه الله ـ إن كانت المحاباة قبل العتق يبدأ بالمحاباة، وإلا استويا؛ هكذا روى المعلى عن أبي يوسف عن أبي حنيفة، وقال أبو يوسف ومحمد يبدأ بالعتق، تقدم أو تأخر.

وجه قولهما إن العتق أقوى من المحاباة؛ لأنه لا يحتمل الفسخ، والمحاباة تحتمل، وفي باب الوصايا يقدم الأقوى فالأقوى؛ إذا كان الثلث لا يسع الكل، ولهذا قدم العتق على سائر الوصايا، وبه تبين أنه لا عبرة بالتقديم في الذكر، فإنه يقدم على سائر الوصايا، وَإن كانت مقدمة في الذكر على العتق، على أن التقدم في الذكر يعتبر ترجيح، والترجيح إنما يكون بعد الاستواء في ركن العلة، ولا استواء ههنا لما بينا، فبطل الترجيح.

ولأبي حنيفة ـ رحمه الله ـ أن المحاباة أقوى من العتق؛ لأنها تستحق بعقد ضمان على ما بينا، والعتق تبرع محضٌ، فلا يزاحمها، وكان ينبغي أن يقدم على العتق، تقدمت في الذكر أو تأخرت، إلاّ أن مزاحمة العتق إياها حالة التأخير ثبت لضرورة التعارض حالة التقدم؛ على ما نذكره.

وأما قولهما إن الإعتاق لا يحتمل الفسخ، فبعض المشايخ قالوا إن كل واحد منهما لا

يحتمل الفسخ من جهة الموصي، فإن من باع ماله بالمحاباة في مرض موته لا يملك فسخه، كما لو أعتق عبده في مرض موته؛ أنه لا يملك فسخه، فاستويا في عدم احتمال الفسخ من جهة الموصي وهو المعتق والبائع، فإذا كانت البداية بالمحاباة ترجحت بالبداية، لكون البداية بها دليل الاهتمام، ولا يمكن ترجيح العتق عند البداية به؛ لأن تعلق المحاباة بعقد الضمان يقتضي ترجيحها على العتق الذي هو تبرعٌ محضٌ، فتعارض الوجهان، فسقطَا والتحقا بالعدم، فبقي أصل التعارض بلا ترجيح، فتقع المزاحمة بين المحاباة والعتق، فيقسم الثلث بينهما.

وهذا الجواب ضعيفٌ؛ لأن البيع بالمحاباة تصرف يحتمل الفسخ في نفسه في الجملة فيفسخ بخيار العيب والرؤية والشرط والإقالة، إذ هي فسخ في حق المتعاقدين عند أبي حنيفة ومحمد ـ رحمهما الله ـ فكانت المحاباة محتملة الفسخ في الجملة، والعتق لا يحتمله رأساً، فكان أقوى من المحاباة، فيجب أن يقدم عليها كما هو مذهبهما.

ومنهم من قال إن عدم احتمال العتق للفسخ إن كان يقتضى ترجيحه على المحاباة؛ كما ذكرنا من تعلق المحاباة بعقد الضمان؛ ـ يقتضي ترجيحاً على العتق، فوقع التعارض، فترجح المحاباة بالبداية، وَإذا لم يبدأ بها، فلم يوجد الترجيح، فبقيت المعارضة فثبتت المزاحمة، وهذا أيضاً ضعيف؛ لأنه لو كان كذلك للزم تقديم العتق على المحاباة؛ إذا بدأ بالعتق لوجود المرجح للعتق عند وقوع التعارض، ولا يقدم غيره، بل يقسم الثلث بينهما.

ومنهم مَنْ قال تعلق المحاباة بعقد الضمان من حيث استحقاقها به أقوى في الدلالة من العتق؛ من حيث عدم احتمال الفسخ؛ بدليل أن الدين مقدم على الإعتاق؛ حتى لو أعتق عبداً مستغرقاً بالدين، لا ينفذ، وإن كان الإعتاق لا يحتمل الفسخ والمعارضة محتملة للفسخ؛ لكونها عقد ضمان، فلا يعارضها العتق إلا عند البداية، وعلى الجملة تقرير مذهب أبي حنيفة ـ رضي الله عنه ـ في هذه المسألة بالإضافة إلى عقولنا مشكل، والله سبحانه وتعالى أعلم.

وفرع أبو حنيفة ـ رضي الله عنه ـ على هذا فقال: إذا أعتق ثم حابى ثم أعتق يقسم الثلث بين العتق الأول وبين المحاباة نصفين، ثم ما أصاب العتق الأول يقسم بينه وبين العتق الثاني؛ لاستوائهما في القوة.

ولو حابى ثم أعتق ثم حابى يقسم الثلث بين المحابتين نصفين، ثم ما أصاب المحاباة الأخيرة يقسم بينهما وبين العتق نصفين؛ كما إذا أعتق ثم حابى، والله سبحانه وتعالى أعلم.

هذا إذا كان مع الوصايا للعباد عتق أو محاباة، فإن لم يكن يضرب كل واحد منهما بقدر حقه من الثلث؛ حتى لو أوصى لرجل بثلث ماله ولآخر بالسدس ولم تجز الورثة، يقسم الثلث بينهما أثلاثاً: سهمان لصاحب الثلث، وسهم لصاحب السدس.

أصل المسألة من ستة: ثلث المال ثلاثة، وثلثاه مثلاه، وذلك ستة، فجملة المال تسعة ثلثه وذلك ثلاثة للموصى لهما بالثلث والسدس بينهما أثلاثاً وثلثاه وذلك ستة للورثة، فاستقام الثلث والثلثان.

وَإن أجازت الورثة فللموصى له بالثلث سهمان، وللموصى له بالسدس سهم، والباقي وهو ثلاثة من ستة للورثة على فرائض الله تبارك وتعالى.

ولو أوصى لرجل بالثلث ولآخر بالربع، ولم تجز الورثة، فالثلث بينهما على سبعة أسهم؛ لصاحب الثلث أربعة، ولصاحب الربع ثلاثة أصل المسألة من اثني عشر للموصى له بالثلث ثلثها، وذلك أربعة عشر، فيكون كل المال أحداً وعشرين الثلث من ذلك سبعة للموصى له بالثلث، والثلثان؛ وهو أربعة عشر للورثة.

وإن أجازت الورثة فللموصى له بالثلث ما أوصى له، وهو أربعة، وللموصى له بالربع ما أوصى له وهو ثلاثة، والباقي وهو خمسة من اثني عشر للورثة على فرائض الله تعالى.

ولو أوصى لرجل بالثلث ولآخر بالربع ولآخر بالسدس، فثلث المال تسعة: أصل المسألة من اثني عشر لصاحب الثلث أربعة، ولصاحب الربع ثلاثة، ولصاحب السدس سهمان، وذلك تسعة، وثلثا المال مثلاه، وذلك ثمانية عشر، فيكون جملته سبعة وعشرين سهام الوصية، منها تسعة ثلاثة وأربعة وسهمان وثمانية عشر سهام الورثة.

هذا إذا لم يكن في الوصايا ما يزيد على الثلث، فإن كان بأن أوصى لرجل بثلث ماله ولآخر بالنصف، فإن أجازت الورثة فلكل واحد ما أوصى له به، فالثلث للموصى له بالثلث والنصف للموصى له بالنصف، أصلُ المسألة من ستة للموصى له بالثلث سهمان وللموصى له بالنصف ثلاثة وذلك خمسة، والباقي للورثة، وإن لم تجز الورثة، فالثلث بينهما نصفين في قول أبي حنيفة؛ لكل واحد منهما سهم من ستة، وعند أبي يوسف ومحمد ـ رحمهما الله ـ على خمسة: لصاحب النصف ثلاثة، ولصاحب الثلث سهمان.

وإن أوصى لرجل بربع ماله، ولآخر بنصف ماله، فإن أجازت الورثة، فلكل واحد منهما ما أوصى له به، فالربع للموصى له بالربع، والنصف للموصى له بالنصف والربع الباقي بين الورثة على فرائض الله تعالى؛ لأن المانع من الزيادة على الثلث حق الورثة، وقد زال بإجازتهم، وَإن ردوا فلا خلاف في أن الوصية بالزيادة على الثلث لم ينفذ، وإن نفذت ففي الثلث لا غير، وإنما الخلاف في كيفية قسمة الثلث بينهما، فعلى قول أبي حنيفة ـ رحمه الله تعالى ـ يقسم الثلث بينهما على سبعة أسهم، للموصى له بالنصف أربعة وللموصى له بالربع ثلاثة، وعند أبي يوسف ومحمد على ثلاثة: سهمان للموصى له بالربع؛ لأن الموصى له

بالنصف لا يضرب إلا بالثلث عنده، والموصى له بالربع يضرب بالربع، فيحتاج إلى حساب له ثلث وربع وأقله اثنا عشر ثلثها أربعة وربعها ثلاثة، فتجعل وصيتها على سبعة، وذلك ثلث الميراث وثلثاه مثلاه، وذلك أربعة عشر، وجميع المال أحد وعشرون، سبعة منها للموصى لهما أربعة للموصى له بالنصف وثلاثة للموصى له بالربع، وعند أبي يوسف ومحمد يقسم الثلث بينهما على ثلاثة أسهم؛ لأن الموصى له بالنصف يضرب بجميع وصيته عندهما، والموصى له بالربع يضرب بالربع، والربع مثل نصف النصف، فيجعل كل ربع سهماً، فالنصف يكون سهمين والربع سهماً، فيكون ثلاثة، فيصير الثلث بينهما على ثلاثة أسهم، سهمان للموصى له بالنصف، وسهم للموصى له بالربع؛ وهذا بناء على أصل، وهو أن الموصى له بأكثر من الثلث لا يضرب في الثلث بأكثر من الثلث من غير إجازة الورثة عند أبي حنيفة ـ رحمه الله تعالى، إلا في خمس مواضع في العتق في المرض، وفي الوصية بالعتق في المرض، وفي المحاباة في المرض، وفي الوصية بالمحاباة في الوصية بالدراهم المرسلة؛ فإنه يضرب في هذه المواضع بجميع وصية من غير إجازة الورثة.

وصورة ذلك في الوصية بالعتق إذا كان له عبدان لا مال له غيرهما، أوصى بعتقهما، وقيمة أحدهما ألف وقيمة الآخر ألفان، ولم تجز الورثة، عُتقا من الثلث، وثلث ماله ألف درهم، فالألف بينهما على قدر وصيتهما، ثلثا الألف للذي قيمته ألفان، فيعتق ثلثه، ويسعى في الثلثين للورثة، والثلث للذي قيمته ألف، فيعتق ثلثه ويسعى في الثلثين للورثة، فإن أجازت الورثة عتقا جميعاً.

وصورة ذلك في المحاباة إذا كان له عبدان أوصى بأن يباع أحدهما من فلان والآخر من فلان آخر بيعاً بالمحاباة، وقيمة أحدهما مثلاً ألف ومائة، وقيمة الآخر ستمائة، فأوصى بأن يباع الأول من فلان بمائة والآخر من فلان آخر بمائة، فههنا حصلت المحاباة، لأحدهما بألف وللآخر بخمسمائة؛ وذلك كله وصية؛ لأنها حصلت في حالة المرض، فإن خرج ذلك من الثلث أو أجازت الورثة، جاز، وإن لم يخرج من الثلث ولا أجازت الورثة، جازت محاباتهما بقدر الثلث، وذلك يكون بينهما على قدر وصيتهما، يضرب أحدهما فيها بألف والآخر بخمسمائة.

وصورة ذلك في الدراهم المرسلة إذا أوصى لإنسان بألف وللآخر بالدين وثلث ماله ألف، فالثلث يكون بينهما أثلاثاً، كل واحد منهما يضرب بجميع وصيته، ولا خلاف أيضاً في الوصية بأقل من الثلث كالربع والسدس ونحو ذلك، إن الموصى له يضرب بجميع وصيته.

وجه قولهما إن الوصية وقعت باسم الزيادة على الثلث من النصف ونحوه، فيجب اعتبارها ما أمكن، إلا أنه تعذر اعتبارها في حق الاستحقاق؛ لما فيه من إبطال حق الورثة،

وإنه إضرار بهم، فوجب اعتبارها في حق الضرب، وإنه يمكن؛ إذ لا ضرر فيه على الورثة؛ ولهذا اعتبرت التسمية في حق الضرب. فيما ذكرنا من المسائل.

ولأبي حنيفة ـ رحمه الله ـ أن الوصية بالزيادة على الثلث عند رد الورثة وصية باطلة من كل وجه بيقين، والضرب بالوصية الباطلة من كل وجه بيقين باطل، وَإنما قلنا إن الوصية بالزيادة وصية باطلة؛ لأنها في قدر الزيادة صادفت حق الورثة، إلا أنها وقفت على الإجازة والرد، فإذا ردوا تبين أنها وقعت باطلة.

وقوله «من كل وجه» يعني به استحقاقاً وتسمية، وهي تسمية النصف، فالكل فلم تقع الوصية صحيحة في مخرجها.

وقولنا «بيقين» لأنها لا يحتمل النفاذ لحال؛ ألا يرى أنه لو ظهر للميت مال آخر لنفذت هذه الوصية، وهي الوصية بالزيادة على الثلث؛ بخلاف المواضع الخمس، فإن هناك ما وقعت باطلة بيقين، بل تحتمل التنفيذ في الجملة؛ بأن يظهر مال آخر للميت يخرج هذا القدر من الثلث، فبين أن الوصية ما وقعت بالزيادة على الثلث، فلم تقع باطلة بيقين وههنا بخلافه؛ لأنه وَإن ظهر له مال آخر يدخل ذلك المال في الوصية، ولا يخرج من الثلث، وهذا القدر يشكل بالوصية بيقين، فإن زادت قيمته على الثلث؛ بأن أوصى بثلث عبد لرجل، وبثلثيه لآخر، ولا مال له سواه، فردت الورثة ـ إن صاحب الثلثين لا يضرب بالثلث الزائد عندنا، وإن لم تكن الوصية باطلة بيقين؛ لجواز أن يظهر له مال آخر، فتنفذ تلك الوصية، فينتفي أن يضرب الموصى له بالثلثين بالثلث الزائد، ومع هذا لا يضرب عندنا، فأشكل القدر، وبخلاف الوصية بالأقل من الثلث؛ لأن الوصية هناك وقعت صحيحة في مخرجها من حيث التسمية؛ لأن التسمية وقعت بالربع والسدس. وكل ذلك مخارج الوصية بالتسمية صادفت محل الوصية، وَإنما يظهر الفرق عند اجتماع الوصيتين، فإذا ردت الورثة، فالرد ورد عليهما جميعاً، فيقسم بينهما على قدر نصيبهما.

ولو أوصى لرجل بجميع ماله، ثم أوصى لآخر بثلث ماله، فأجازت الورثة الوصيتين جميعاً، فقد روى أبو يوسف ومحمد عن أبي حنيفة ـ رحمه الله ـ أنه قال: الموصى له بالجميع يأخذ الثلثين خاصة، ويكون الباقي بين صاحب الجميع وبين صاحب الثلث.

وقال حسن بن زياد: ليس هذا قول أبي حنيفة أن للموصى له ربع المال وللموصى له بالجميع ثلاثة أرباعه.

وذكر الكرخي ـ رحمه الله ـ أنه ليس في هذه المسألة نص رواية عن أبي حنيفة ـ رحمه الله، وإنما اختلفوا في قياس قوله، والصحيحُ أن قول أبي حنيفة ـ رحمه الله تعالى ـ فيها ما

روى عنه أبو يوسف ومحمد ـ رحمهما الله ـ لأنه قسمة على اعتبار المنازعة، وما ذكر حسن ـ رحمه الله تعالى ـ اعتبار العول والمضاربة والقسمة على اعتبار العول والمضاربة من أصولهما، لا من أصله، فإن من أصله اعتبار المنازعة في القسمة.

ووجهه ههنا أن ما زاد على الثلث يعطى كله للموصى له بجميع المال؛ لأنه لا ينازعه فيه أحدٌ، وأما قدر الثلث فينازعه فيه الموصى له بالثلث، فاستوت منازعتهما فيه؛ إذ لا ترجيح لأحدهما على الآخر، فيقسم بينهما نصفين، فيكون أصل مسألة الحساب من ثلاثة لحاجتنا إلى الثلث، الثلثان للموصى له بالجميع بلا منازعة، والثلث بينهما نصفان، إلا أنه ينكسر الحساب فيضرب اثنين في ثلاثة، فيصير ستة، فيسلم ثلثاها للموصى له بالجميع بلا منازعة، وثلثها وهو سهمان ينازعه فيه الموصى له بالثلث، فيقسم بينهما فحصل للموصى له بالجميع خمسة، وللموصى له بالثلث سهم.

وأما القسمة على طريق العول والمضاربة عندهما ههنا إن كل واحد منهما يضرب بجميع وصيته، فالموصى له بالثلث يضرب بالثلث وهو سهم والموصى له بالجميع، يضرب بكل المال، وهو ثلاثة أسهم، فيجعل المال على أربعة أسهم، لصاحب الثلث سهم ولصاحب الجميع ثلاثة، هذا إذا أجازت الورثة، فإن ردت الورثة جازت الوصية من الثلث، ثم الثلث يكون بينهما نصفين في قول أبي حنيفة ـ رحمه الله ـ لأن الموصى له بأكثر من الثلث لا يضرب إلا بالثلث؛ إذ لم تجز الورثة عنده، وعندهما يضرب كل واحد منهما بجميع وصيته أرباعاً على ما بينا، والله تعالى الموفق.

هذا إذا اجتمعت الوصايا فيما سوى العين، فإن اجتمعت الوصايا في العين، فإن اجتمعت في عين مشار إليها بأن أوصى بعين واحدة لاثنين أو أكثر، أو أوصى لكل واحد بجميع العين، فقد قال أبو حنيفة ـ رحمه الله تعالى ـ تقسم العين بين أصحاب الوصايا على عددهم، فيضرب كل واحد منهم بالقدر الذي حصل له بالقسمة، ولا يضرب بجميع تلك العين.

وَإن وقعت القسمة بجميع العين، وذلك نحو أن يقول: أوصيتُ بعبدي هذا لفلان، ثم قال وقد أوصيت بعبدي هذا لفلان آخر، والعبد يخرج من ثلث ماله، فإن العبد يقسم بينهما نصفين ـ على عددهما، وهما اثنان، فيضرب كل واحد منهما بنصف العبد، ولا يضرب بأكثر من ذلك؛ وكذلك إن أوصى به لثلاثة أو لأربعة.

وقال أبو يوسف ومحمد ـ رحمهما الله ـ: يضرب كل واحد منهما بجميع وصيته، ويتفق الجواب في تقديم ما يستحق كل واحد منهما من العبد في هذه الصورة، لكن بناء على أصلين مختلفين، وَإنما يظهر ثمرة اختلاف الأصلين فيما إذا انضمت إلى الوصية لهما وصية لثالث؛

بأن كان له عبد وألفا درهم سوى ذلك، فأوصى بالعبد لإنسان، ثم أوصى به لآخر، وأوصى لرجل آخر بألف درهم، فعند أبي حنيفة ـ رحمه الله ـ يضرب كل واحد من الموصى له بالعبد بنصف العبد، وهذا بنصفه، وهذا بنصفه، ويضرب الموصى له بألف درهم بألف، فيقتسمون بالثلث أرباعاً، وعند أبي يوسف ومحمد ـ رحمهما الله ـ يضرب كل واحد من الموصى لهما بالعبد بجميع العبد والموصى له بألف، يضرب بألف فيقتسمون الثلث أثلاثاً؛ بناءً على الأصل الذي ذكرنا فيما تقدم أن الموصى له بأكثر من الثلث لا يضرب بأكثر من الثلث عنده، وعندهما يضرب بجميع وصيته، فهما يقولان لأن التسمية وقعت لجميع العين إلا أنها لا تظهر في حق الاستحقاق، فتظهر في حق الضرب؛ كما في أصحاب الديون وأصحاب العول، وأبو حنيفة ـ رحمه الله ـ يقول إن الموصي قد أبطل وصية كل واحد منهما في نصف العين، فله ولاية الإبطال؛ ألا يرى أن له أن يرجع فيبطل استحقاق كل واحد منهما نصف العين، فالضرب بالجميع يكون ضرباً بوصية باطلة، فكان باطلاً، بخلاف الغرماء، فإنه ليس لمن عليه الدين ولاية إبطال حقهم، فيضرب كل واحد منهم بكل حقه، وبخلاف أصحاب العول؛ لأنه لم يؤخذ من جهة الميت يبطل شهادتهم، فيضربون بجميع ما ثبت حقهم فيه.

ولو كان له عبد آخر قيمته ألف درهم، وألف درهم، فأوصى بعبد لرجل وأوصى لرجل آخر بثلث ماله، فالثلث وهو قدر ألف درهم يكون بينهما نصفين؛ خمسمائة للموصى له بجميع العبد، وخمسمائة للموصى له بالثلث، غير أن ما أصابه الموصى له بالجميع، يكون في العبد، وذلك خمسة أسداس العبد، وما أصاب الموصى له بالثلث يكون بعضه في العبد وهو سدس ما بقي من العبد وهو عشر العبد، والبعض في الدراهم وهو خمس الألفين، فيضرب الموصى له بجميع العبد بخمسة أسداسه والموصى له بالثلث، يضرب بسدس العبد وبخمس الألفين على أصل أبي حنيفة ـ رحمه الله تعالى؛ لأنه اجتمع في العبد وصيتان: وصية بجميعه، ووصية بثلثه؛ لأن الوصية بثلث المال تناولت العبد لكونه مالاً، فاجتمعت في العبد وصيتان، فسلم للموصى له بجميع العبد ثلثاه بلا منازعةٍ، والثلث ينازعه فيه الموصى له بالثلث، فيكون على الحساب من ثلاثة لحاجتنا إلى الثلث، وأقل حساب يخرج منه الثلث ثلاثة، قسمان خليا عن منازعة الموصى له بالثلث، فسلم ذلك للموصى له بالجميع بلا منازعة، بقي سهم استوت منازعتهما فيه، فيكون بينهما فينكسر، فنضرب اثنين في ثلاثة، فيكون ستة، فثلثا الستة وهو أربعة سلم للموصى له بالجميع؛ لأنه لا ينازعه فيه أحد، وثلثها وهو سهمان ينازعه فيه الموصى له بالثلث، واستوت منازعتهما فيه، فيقسم بينهما لكل واحد منهما سهم، وَإذا صار العبد قيمته ألف على ستة، يصير كل ألف من الدراهم على ستة، فصار الألفان على اثني عشر للموصى له بالثلث منهما أربعة أسهم، فصار له خمسة أسهم أربعة أسهم من الدراهم، وسهم من العبد وللموصى له بالجميع خمسة أسهم، كلها في العبد؛ لأنه لا وصية له في الدراهم،

فصارت وصيتهما جميعاً عشرة أسهم، فاجعل ثلث المال على عشرة أسهم، فالثلثان عشرون سهماً، فالكل ثلاثون سهماً والعبد ثلث المال؛ لأن قيمته ألف درهم، فصار العبد على عشرة أسهم والألفان على عشرين سهماً، فادفع وصيتهما من العبد فوصية الموصى له بالجميع خمسة، وهو نصف العبد ووصية الموصى له بالثلث سهم، وذلك خمس ما بقي من العبد، وادفع وصية الموصى له بالثلث من الدراهم وذلك عشرون سهماً، أربعة أسهم وهو خمس الألفين على ما ذكره في الأصل، فبقي من العبد أربعة أسهم لا وصية فيها، فيدفع إلى الورثة فيكمل لهم الثلثان؛ لأن الموصى له بالثلث قد أخذ من الألفين أربعمائة وذلك أربعة أسهم، وحصل للموصى له بالعبد خمسة أسهم من العبد، وذلك نصفه، وحصل للموصى له بالثلث أربعمائة من الدراهم وذلك خمسها؛ لأنا جعلنا الألفين على عشرين سهماً، وأربعة من عشرين خمسها، وحصل له من العبد سهم، وذلك خمس العبد، وحصل للورثة عشرون سهماً وهي الثلثان ستة عشر سبعاً، وذلك أربعة أخماسها، وأربعة أسهم من العبد وذلك خمساه.

هذا قول أبي حنيفة ـ رحمه الله ـ، وأما على قولهما فيقسم على طريق العول والمضاربة، فصاحب العبد يضرب بجميع ثلثه، وصاحب الثلث يضرب بالثلث سهم، فيحتاج إلى حساب له ثلث وأقله ثلاثة، فصاحب العبد يضرب بالجميع؛ وذلك ثلاثة، وصاحب الثلث يضرب بالثلث، وذلك سهم، فصار العبد على أربعة أسهم، وَإذا صار العبد على أربعة أسهم مع العول، صار كل ألف على ثلاثة بغير عول؛ لأنه لا حاجة إلى العول في الألف، فصارت الألفان على ستة أسهم، فللموصى له بالثلث ثلثها، وذلك سهمان، فتبين أن وصيتهما ستة أسهم، وصية صاحب العبد ثلاثة كلها في العبد ووصية صاحب الثلث ثلاثة أسهم، سهمان في الدراهم وسهم في العبد، فاجعل ذلك ثلث المال، واجعل العبد ثلث المال، واجعل العبد على ستة أسهم، وادفع إليهما وصيتهما من العبد لصاحب العبد ثلاثة أسهم ولصاحب الثلث سهم، بقي سهمان فاضلان لا وصية فيهما، فادفع ذلك إلى الورثة حتى يكمل لهم الثلثان؛ لأن صاحب الثلث قد أخذ سهمين من الدراهم، وانتقص نصيب الورثة من الدراهم، فيدفع سهمين من العبد إليهم حتى يكمل لهم الثلثان، وقد جعل ثلث المال وهو العبد على ستة أسهم، فالثلثان يكونان اثني عشر، فادفع وصية صاحب الثلث من ذلك سهمين، ثم ضم السهمين من العبد الذي لا وصية فيهما إلى عشرة أسهم حتى يكمل لهم الثلثان، فحصل للورثة عشرة أسهم من الدراهم، وسهمان من العبد وللموصى له بالعبد ثلاثة أسهم، وذلك نصف العبد كله في العبد وللموصى له بالثلث سهم في العبد، وذلك سدس العبد وسدس الألفين وهما سهمان من اثني عشر، والله تعالى أعلم.

ولو كان له عبدان قيمتهما واحدة لا مال له غيرهما، فأوصى لرجل بأحدهما بعينه، ولآخر بثلث ماله، فإن الثلث يقسم بينهما على سبعة أسهم، وهذه المسألة مبنية على مسألتين:

إحداهما: أن الثلث يقسم بينهما على طريقة المنازعة في قول أبي حنيفة ـ: رحمه الله تعالى ـ وعندهما على طريق العول.

والثانية: إن المذهب عند أبي حنيفة: أن الموصى له بأكثر من الثلث لا يضرب إلا بالثلث إلا في مواضع الاستثناء؛ على ما بينا.

إذا عرفت هذا فنقول: القسمة في هذه المسألة على طريق المنازعة عند أبي حنيفة ـ رحمه الله ـ لأنه اجتمع في العبد وصيتان: وصية بجميعه، ووصية بثلثه، والثلثان يسلمان لصاحب الجميع بلا منازعة؛ لأنه لا ينازعه فيه صاحب الثلث، وذلك سهمان من ثلاثة، والثلث هو سهم استوت منازعتهما فيه، فيقسم بينهما لكل واحد منهما نصف سهم فانكسر، فنضرب اثنين في ثلاثة، فيصير ستة، قلنا الستة تسلم لصاحب الجميع بلا منازعةٍ، وهو أربعة، والثلث وهو سهمان استوت منازعتهما فيه، فيقسم بينهما لكل واحد منهما سهم، فصار لصاحب الجميع خمسة أسهم، ولصاحب الثلث سهم، فلمَّا صار هذا العبد على ستة أسهم صار العبد الآخر على ستة: للموصى له بالثلث منهما سهمان، فصار وصية صاحب الثلث ثلاثة أسهم؛ سهمان في العبد الذي لا وصية فيه، وسهم في العبد الذي فيه وصية، ووصية صاحب العبد خمسة أسهم، وذلك أكثر من ثلث المال؛ لأن جميع المال اثنا عشر فثلثها أربعة، والمذهب عند أبي حنيفة ـ رحمه الله تعالى ـ أن الموصى له بأكثر من الثلث لا يضرب له إلا بالثلث، فنطرح من وصيته سهماً، فتصير وصيته أربعة أسهم، ووصية الآخر ثلاثة أسهم، وذلك سبعة أسهم، فاجعل هذا ثلث المال وثلثاه مثلاه، وذلك أربعة عشر، وجميع المال أحد وعشرون وماله عبدان، فتبين أن كل عبد على عشرة ونصف؛ لأن كل عبد مقدار نصف المال، فيدفع من العبد الموصى به وصيتهما فيه، ويدفع إليهما بوصية صاحب الجميع أربعة أسهم في العبد فيدفع ذلك إليه، ووصية صاحب العبد سهم واحد في العبد فيدفع ذلك إليه، فبقي من العبد خمسة أسهم ونصف، فادفع ذلك إلى الورثة فيقسم بينهم على فرائض الله تعالى، ويؤخذ من العبد الذي لا وصية فيه سهمان، ويدفع إلى الموصى له بالثلث، فيبقى من هذا العبد ثمانية ونصف يدفع إلى الورثة، فيقسم بينهم على فرائض الله تعالى، فصارت كلها سبعة أسهم وهي ثلث المال، فحصل للموصى له بالعبد منهما خمسة أسهم وللموصى له بالثلث سهمان، وحصل للورثة من العبد الموصى به خمسة ونصف ومن العبد الذي لا وصية فيه ثمانية ونصف، فذلك أربعة عشر وهي ثلثا المال، فاستقام الحساب على الثلث والثلثين.

وأما على قول أبي يوسف ومحمد فيقسم على طريق العول فنقول: اجتمع في العبد وصيتان: وصية بجميعه ووصية بثلثه، ومخرج الثلث ثلاثة: فصاحب الجميع يضرب بالجميع، وذلك ثلاثة أسهم، وصاحب الثلث يضرب بثلثه وهو سهم، فصار العبد على أربعة أسهم،

وهو معنى العول، فلما صار هذا العبد على أربعة بالعول، يجعل العبد الآخر على ثلاثة بغير عول؛ لأنه لا حاجة إلى العول في ذلك العبد، فسهم من ذلك العبد للموصى له بالثلث، فصارت وصية صاحب الثلث سهمين: سهم من العبد الذي فيه الوصية، وسهم من العبد الذي لا وصية فيه، ووصية صاحب العبد ثلاثة أسهم، فذلك خمسة أسهم، فاجعل هذا ثلث المال وثلثاه مثلاً، وذلك عشرة، والجميع خمسة عشر وماله عبدان، فيصير كل عبد على سبعة ونصف، فيدفع وصية صاحب العبد من العبد إليه وذلك ثلاثة، ووصية صاحب الثلث إليه، وذلك سهم يبقى من هذا العبد ثلاثة ونصف، فيدفع ذلك إلى الورثة، ويدفع من العبد الآخر سهم إلى الموصى له بالثلث، يبقى ستة أسهم ونصف من العبد الذي فيه الوصية، وستة أسهم ونصف من العبد الآخر، فاستقامت القسمة على الثلث والثلثين، والله تعالى أعلم.

فصل في صفة العقد

وأما صفة هذا العقد فله صفتان: إحداهما قبل الوجود، والأخرى بعد الوجود، أما التي هي قبل الوجود فهي أن الوصية بالفرائض والواجبات واجبة وبما وراءها جائزة، ومندوب إليها ومستحبة في بعض الأحوال، وعند بعض الناس الكل واجب، وقد بينا ذلك كله في صدر الكتاب.

وأما التي هي بعد الوجود، فهي أن هذا عقد غير لازم في حق الموصي؛ حتى يملك الرجوع عندنا ما دام حيًّا؛ لأن الموجود قبل موته مجرد إيجاب، وأنه محتمل الرجوع في عقد المعاوضة، فهي بالتبرع أولى؛ كما في الهبة والصدقة إلا التدبير المطلق خاصة، فإنه لازم لا يحتمل الرجوع أصلاً، وإن كان وصية؛ لأنه إيجاب يضاف إلى الموت، ولهذا يعتبر من الثلث؛ لأنه سبب لثبوت العتق، والعتق لازم وكذا سببه؛ لأنه سبب حكم لازم؛ وكذا التدبير المقيد لا يحتمل الرجوع نصًّا، ولكنه يحتمله دلالة بالتمليك من غيره؛ لأن العتق فيه تعلق بموت موصوف بصفة، وقد لا توجد تلك الصفة، فلم يستحكم السبب، ثم الرجوع قد يكون نصًّا وقد يكون دلالة، وقد يكون ضرورة.

أما النص فهو أن يقول الموصي: رجعت، أما الدلالة؛ فقد تكون فعلاً وقد تكون قولاً، وهو أن يفعل في الموصى به فعلاً يستدل به على الرجوع، أو يتكلم بكلام يستدل به على الرجوع.

وبيان هذه الجملة إذا فعل في الموصى به فعلاً لو فعله في المغصوب لانقطع به ملك المالك كان رجوعاً؛ كما إذا أوصى بثوب ثم قطعه وخاطه قميصاً أو قباء، أو بقطن ثم غزله، أو لم يغزله ثم نسجه، أو بحديدة ثم صنع منها إناءً أو سيفاً أو سكيناً، أو بفضة ثم صاغ منها

حلياً ونحو ذلك؛ لأن هذه الأفعال لما أوجبت بطلان حكم ثابت في المحل وهو الملك؛ فلأن توجب بطلان مجرد كلام من غير حكم أصلاً أَوْلَىٰ.

ثم وجه الدلالة منها على التفصيل إن كان واحد منها تبديل العين وتصبيرها شيئاً آخر معنى واسماً، فكان استهلاكاً لها من حيث المعنى، فكان دليل الرجوع، فصار كالمشتري بشرط الخيار إذا فعل في المبيع فعلاً يدل على إبطال الخيار يبطل خياره.

والأصل في اعتبار الدلالة إشارة النبي - ﷺ - بقوله للمخيرة «**إِنْ وَطَئَكِ زَوْجُكِ فَلاَ خِيَارَ لَكِ**»، ولو أوصى بقميص ثم نقضه، فجعله قباء، فهو رجوع؛ لأن الخياطة في ثوب غير منقوض دليل الرجوع، فمع النقض أولى، وَإِن نقضه ولم يخطه لم يذكر في الكتاب، واختلف المشايخ فيه، والأشهر أنه ليس برجوع؛ لأن العين بعد النقض قائمة تصلح لما كانت تصلح له قبل النقض، ولو باع الموصى به أو أعتقه أو أخرجه عن ملكه بوجه من الوجوه كان رجوعاً؛ لأن هذه التصرفات وقعت صحيحة لمصادفتها ملك نفسه، فأوجبت زوال الملك، فلو بقيت الوصية مع وجودها لتعينت في غير ملكه، ولا سبيل إليه.

ولو باع الموصى به ثم اشتراه أو وهبه وسلم ورجع في الهبة، لا تعود الوصية؛ لأنها قد بطلت بالبيع، والهبة مع التسليم لزوال الملك، والعائد ملك جديد غير موصى به، فلا تصير موصى به؛ لأن بوصية جديدة، ولو أوصى بعبد فغصبه رجل ثم رده بعينه، فالوصية على حالها؛ لأن الغصب ليس فعل الموصي، والموصى به على حاله، فبقيت الوصية، إلا إذا استهلكه الغاصب أو هلك في يده، فتبطل الوصية لبطلان محل الوصية.

وكذا لو أوصى بعبد ثم دبره أو كاتبه أو باع نفسه منه، كان رجوعاً؛ لأن التدبير إعتاق من وجه أو مباشرة سبب لازم لا يحتمل الفسخ والنقض، وكل ذلك دليل الرجوع، والمكاتبة معاوضة، إلا أن العوض متأخر إلى وقت أداء البدل، فكان دليل الرجوع كالبيع، وبيع نفس العبد منه إعتاق، فكان رجوعاً.

ولو أوصى بعبدٍ لإنسان، ثم أوصى أن يباع من إنسان آخر، لم يكن رجوعاً، وكانت الوصية لهما جميعاً؛ لأنه لا تنافي بين الوصيتين؛ لأن كل واحدة منهما تمليك إلا أن إحداهما تمليك بغير بدل، والأخرى تمليك ببدل، فيكون العبد بينهما نصفه للموصى له به، ونصفه يباع للموصى له بالبيع.

ولو أوصى أن يعتق عبده ثم أوصى بعد ذلك أن يباع من فلان، أو أوصى أولاً بالبيع ثم أوصى بالإعتاق، كان رجوعاً؛ لما بين الوصيتين من التنافي؛ إذ لا يمكن الجمع بين الإعتاق والبيع، فكان الإقدام على الثانية دليل الرجوع عن الأولى، وهذا هو الأصل في جنس هذه

المسائل أنه إذا أوصى بوصيتين متنافيتين كانت الثانية مبطلة للأولى، وهو معنى الرجوع، وَإن كانتا غير متنافيتين نفذتا جميعاً.

ولو أوصى بشاة ثم ذبحها كان رجوعاً؛ لأن الملك في باب الوصية يثبت عند الموت، والشاة المذبوحة لا تبقى إلى وقت الموت عادةً، بل تفسد، فكان الذبح دليل الرجوع.

ولو أوصى بثوب ثم غسله، أو بدار ثم جصصها أو هدمها، لم يكن شيء من ذلك رجوعاً، لأن الغسل إزالة الدرن، والوصية لم تتعلق به، فلم يكن الغسل تصرفاً في الموصى به، وتجصيص الدار ليس تصرفاً في الدار، بل في البناء؛ لأن الدار اسم للعرضة، والبناء بمنزلة الصفة، فيكون تبعاً للدار، والتصرف في التبع لا يدل على الرجوع عن الأصل، ونقض البناء تصرف في البناء، والبناء صفة وإنها تابعةٌ.

ولو أوصى لرجل أن يشتري له عبداً بعينه، ثم رجع العبد إلى الموصي بهبة أو صدقة أو وصية أو ميراث، فالوصية لا تبطل، ويجب تنفيذها؛ لأن الوصية ما وقعت بثمن العبد، بل بعين العبد وهو مقصود الموصي، وَإنما ذكر الشراء للتوسل به إلى ملكه، وقد ملكه، فتنفذ فيه الوصية.

ولو أوصى بشيء لإنسان ثم أوصى به لآخر، فجملة الكلام فيه أنه إذا أعاد عند الوصية الثانية الوصية الأولى والموصى له الثاني محل قابل للوصية، كان رجوعاً وكان إشراكاً في الوصية.

وبيان هذه الجملة إذا قال: أوصيت بثلث مالي لفلان، ثم قال: أوصيت بثلث مالي لفلان آخر ممن تجوز له الوصية، فالثلث بينهما نصفان، وكذا لو قال: أوصيت بهذا العبد لفلان، وهو يخرج من الثلث، ثم قال: أوصيت به لفلان آخر ممن تجوز له الوصية، كان العبد بينهما نصفين.

ولو قال: أوصيت بثلث مالي لفلان أو بعبدي هذا لفلان، ثم قال الذي أوصيت به لفلان، أو العبد الذي أوصيت به لفلان، فهو لفلان، كان رجوعاً عن الأولى، وإمضاء للثانية، وَإنما كان كذلك؛ لأن الأصل في الوصية بشيء لإنسان ثم الوصية به لآخر هو الإشراك؛ لأن فيه عملاً بالوصيتين بقدر الإمكان.

والأصل في تصرف العاقل صيانته عن الإبطال ما أمكن، وفي الحمل على الرجوع إبطال إحدى الوصيتين من كل وجه، وفي الحمل على الإشراك عمل بكل واحد منهما من وجه، فيحمل عليه ما أمكن وعند الإعادة، وكون الثاني محلاً للوصية لا يمكن الحمل على الإشراك؛ لأنه لما أعاد علم أنه أراد نقل تلك الوصية من الأول إلى الثاني، ولا ينتقل إلا بالرجوع، فكان ذلك منه رجوعاً.

هذا إذا قال: الوصية التي أوصيت بها لفلان فهي لفلان، وكذا إذا قال: الوصية التي أوصيت بها لفلان قد أوصيتها لفلان، أو فقد أوصيتها لفلان، فأما إذا قال: وقد أوصيت بها لفلان، فهذا يكون إشراكاً؛ لأن الواو للشركة وللاجتماع.

ولو قال: كل وصية أوصيت بها لفلان فهي باطلة، فهذا رجوع؛ لأنه نص على إبطال الوصية الأولى، وهو من أهل الإبطال، والمحل قابل للبطلان، فتبطل، وهو معنى الرجوع.

ولو قال: كل وصية أوصيت بها لفلان فهي حرام، أو هي ربا، لا يكون رجوعاً؛ لأن الحرمة لا تنافي الوصية، فلم يكن دليل الرجوع، ولو قال: كل وصية أوصيت بها لفلان فهي لفلان وارثي، كان هذا رجوعاً عن وصيته لفلان، ووصيته للوارث، فيقف على إجازة الورثة؛ لأنه نقل الوصية الأولى بعينها إلى من يصح العقل إليه؛ لأن الوصية للوارث صحيحة، بدليل أنها تقف على إجازة بقية الورثة، والباطل لا يحتمل التوقف، وإذا انتقلت إليه لم يبق للأول ضرورة، وهذا معنى الرجوع، ثم إن أجازت بقية الورثة الوصية لهذا الوارث، نفذت، وصار الموصى به للموصى له، وَإن ردوا بطلت، ولم يكن للموصى له الأول لصحة الرجوع لانتقال الوصية منه، وصار ميراثاً لورثة الموصي؛ كما لو رجع صريحاً.

ولو قال الوصيةُ التي أوصيت بها لفلان فهي لعمرو ابن فلان، وعمرو حَيٌّ يوم قال الموصي هذه المقالة، كان رجوعاً عن وصيته؛ لأن الوصية لعمرو وقعت صحيحة؛ لأنه كان حَيًّا وقت كلام الوصية، فيصح النقل إليه، فصح الرجوع. ولو كان عمرو ميتاً يوم كلام الوصية، لم تصح الوصية؛ لأن الميت ليس بمحل للوصية، فلم يصح إيجاب الوصية له، فلم يثبت ما في ضمنه، وهو الرجوع.

ولو كان عمرو حَيًّا يوم الوصية حتى صحت، ثم مات عمرو قبل موت الموصي، بطلت الوصية؛ لأن نفاذها عند موت الموصي وتعذر تنفيذها عند موته؛ لكون الموصى له ميتاً، فكان الحال كله للورثة.

ولو قال: الثلث الذي أوصت به لفلان، فهو لعقب عمرو، فإذا عمرو حي ولكنه مات قبل موت الموصي، فالثلث لعقبه، وكان رجوعاً عن وصية فلان؛ لأن قوله لعقب عمرو وقع صحيحاً إذا كان لعمرو عقب يوم موت الموصي؛ لأن عقب الرجل من يعقبه بعد موته، وهو ولده، فلما مات عمرو قبل موت الموصي، فقد صار ولده عقباً له يوم نفاذ الإيجاب، وهو يوم موت الموصي، فصحت الوصية، كما لو أوصى بثلث ماله لولد فلان ولا ولد له يومئذٍ، ثم ولد له ولد، ثم مات الموصي ـ أن الثلث يكون له؛ كذا ههنا، ثم إذا صح إيجاب الثلث له، بطل حق الأول؛ لما قلنا.

فإن مات عقب عمرو بعد موت عمرو قبل موت الموصي، رجع الثلث إلى الورثة؛ لأن الإيجاب لهم قد صح؛ لكونهم عقباً لعمرو، فثبت الرجوع عن الأول، ثم استحقاقهم بموتهم قبل موت الموصي، فلا يبطل الرجوع.

ولو مات الموصي في حياة عمرو، فالثلث للموصي له؛ لأن الموصي قد مات ولم يثبت للموصى لهم اسم العقب بعد، فبطل الإيجاب لهم أصلاً، فبطل ما كان ثبت في ضمنه، وهو الرجوع عن الوصية الأولى.

ولو أوصى ثم جحد الوصية، ذكر في الأصل أنه يكون رجوعاً، ولم يذكر خلافاً.

قال المعلى عن أبي يوسف في نوادره: قال أبو يوسف ـ رحمه الله تعالى ـ في رجل أوصى بوصية ثم عرضت عليه من الغد، فقال: لا أعرف هذه الوصية، قال: هذا رجوع منه؛ وكذلك لو قال: لم أوص بهذه الوصية، قال: وسألت محمداً عن ذلك فقال: لا يكون الجحد رجوعاً.

وذكر في «الجامع» إذا أوصى بثلث ماله لرجل، ثم قال بعد ذلك: اشهدوا أني لم أوص لفلانٍ بقليل ولا كثير، لم يكن هذا رجوعاً منه عن وصية فلان، ولم يذكر خلافاً، فيجوز أن يكون ما ذكر في الأصل قول أبي يوسف، وما ذكر في الجامع قول محمد، ويجوز أن يكون في المسألة روايتان.

وجه ما ذكر في «الجامع» أن الرجوع عن الوصية يستدعي سابقية وجود الوصية، والجحود إنكار وجودها أصلاً، فلا يتحقق فيه معنى الرجوع، فلا يمكن أن يجعل رجوعاً، ولهذا لم يكن جحود النكاح طلاقاً، ولأن إنكار الوصية بعد وجودها يكون كذباً محضاً، فكان باطلاً لا يتعلق به حكم؛ كالإقرار الكذب حتى لو أقر بجارية لإنسان كاذباً والمقر له يعلم ذلك، لا يثبت الملك حتى لا يحل وطؤها، وكذا سائر الأقارير الكاذبة؛ أنها باطلة في الحقيقة؛ كذا الإنكار الكاذب.

وجه ما ذكر في الأصل أن معنى الرجوع عن الوصية هو فسخها وَإبطالها، وفسخ العقد كلام يدل على عدم الرضا بالعقد السابق. وبثبوت حكمه والجحود في معناه؛ لأن الجاحد لتصرف من التصرفات غير راض به، وبثبوت حكمه، فيتحقق فيه معنى الفسخ، فحصل معنى الرجوع.

وروى ابن رستم عن محمد ـ رحمه الله تعالى ـ لو أن رجلاً أوصى بوصايا إلى رجل، فقيل له إنك ستبرأ، فأخر الوصية، فقال: أخرتها، فهذا ليس برجوع.

ولو قيل له: اتركها، فقال: قد تركتها، فهذا رجوعٌ؛ لأن الرجوع عن الوصية هو إبطال

الوصية، والتأخير لا ينبىء عن الإبطال، والترك ينبىء عنه؛ ألا يرى أنه لو قال: أخرت الدين كان تأجيلاً له لا إبطالاً، ولو قال: تركته كان إبراء.

روى بشر عن أبي يوسف ـ رحمه الله تعالى ـ في رجل أوصى بثلث ماله لرجل مسمى، وأخبر الموصى أن ثلث ماله ألف، أو قال هو هذا، فإذا ثلث ماله أكثر من ألف؛ فإن أبا حنيفة ـ رحمه الله ـ قال: إن له الثلث من جميع ماله، والتسمية التي سمى باطلة، لا ينقض الوصية خطؤه في ماله، إنما غلط في الحساب، ولا يكون رجوعاً في الوصية.

وهذا قول أبي يوسف ـ رحمه الله تعالى ـ لأنه لما أوصى بثلث ماله فقد أتى بوصية صحيحة؛ لأن صحة الوصية لا تقف على بيان مقدار الموصى به، فوقعت الوصية صحيحة بدونه، ثم بين المقدار وغلط فيه، والغلط في قدر الموصى به لا يقدح في أصل الوصية، فبقيت الوصية متعلقة بثلث جميع المال؛ ولأنه يحتمل أن يكون هذا رجوعاً عن الزيادة على القدر المذكور، ويحتمل أن يكون غلطاً، فوقع الشك في بطلان الوصية، فلا تبطل مع الشك على الأصل المعهود: أن الثابت بيقين لا يزول بالشك.

ولو قال: أوصيت بغنمي كلها وهي مائة شاة، فإذا هي أكثر من مائة، وهي تخرج من الثلث، فالوصية جائزة في جميعها؛ لما ذكرنا أنه أوصى بجميع غنمه، ثم غلط في العدد، قال: ولو قال: أوصيت له بغنمي، وهي هذه، وله غنم غيرها، تخرج من الثلث، فإن هذا في القياس مثل ذلك، ولكني أدع القياس في هذا وأجعل له الغنم التي تسمى من الثلث؛ لأنه جمع بين التسمية والإشارة، وكل واحد منهما للتعيين، غير أن هذه الإشارة أقوى؛ لأنها تحصر العين، وتقطع الشركة، فتعلقت الوصية بالمشار إليه، فلا يستحق الموصى له غيره، بخلاف ما إذا قال: أوصيت له بثلث مالي»، وهو هذا، وله مال آخر غيره ـ أنه يستحق ثلث جميع المال؛ لأن الإشارة هناك لم تصح؛ لأنه قال: «ثلث مالي»، والثلث اسم للشائع، والمعين غير الشائع، فلغت الإشارة، فتعلقت الوصية بالمسمى وهو ثلث المال، وههنا صحت وصية الإشارة وهي أقوى من التسمية، فتعلقت الوصية بالمشار إليه.

ولو قال: قد أوصيت لفلان برقيقي، وهم ثلاثة، فإذا هم خمسة، جعلت الخمسة كلهم في الثلث، لأنه أوصى برقيقه كلهم، لكنه غلط في عددهم، والغلط في العدد لا يمنع استحقاق الكل بالوصية العامة.

ولو أوصى بثلث ماله لبني عمرو بن حماد، وهم سبعة، فإذا بنوه خمسة، كان الثلث كله لهم؛ لأنه جعل الثلث لبني عمرو بن حماد، ثم وصف بنيه وهم خمسة بأنهم سبعة غلطاً، فيلغو الغلط، ويلحق بالعدم؛ كأنه لم يتكلم به؛ لأنه لما قال «وهم سبعة» ولم يكونوا إلاَّ خمسة، فقد أوصى لخمسة موجودين ولمعدومين، ومتى جمع بين موجود ومعدوم، وأوصى

لهما يلغو ذكر المعدوم، وتكون الوصية للموجود؛ كما لو قال: أوصيت بثلث مالي لعمرو وخالد ابني فلان، فإذا أحدهما ميت أن الثلث كله للحي منهما؛ كذا هذا؛ وكذلك لو قال: لبني فلان وهم خمسة، فإذا هم ثلاثة، أو قال: وهم سبعة، فإذا هم ثلاثة أو اثنان؛ لما قلنا.

ولو قال: أوصيت بثلث مالي لبني فلان وله ثلاث بنين أو ابنان، كان جميع الثلث لهم؛ لأن الثلاث يقال لهم بنون، والاثنان في هذا الباب ملحقٌ بالجميع؛ لأن الوصية أخت الميراث، وهناك ألحق الاثنتان بالثلاث في حق استحقاق الثلثين؛ كذا هذا.

ولو كان لفلان ابن واحد استحق نصف الثلث؛ لأنه جعل الثلث للبنين والواحد لا ينطلق عليه اسم البنين لغةً، ولا له حكم الجماعة في باب الوصية والميراث، فلا يستحق الكل، وَإنما صرف إليه نصف الثلث؛ لأن أقل من يستحق كمال الثلث في هذا الباب اثنان، ولو كان معه آخر لصرف إليهما كمال الثلث، فإذا كان وحده يصرف إليه نصف الثلث.

ولو قال قد أوصيت بثلث مالي لابني فلان عمرو وحماد، فإذا ليس له إلا عمرو، كان جميع الثلث له؛ لأنه جعل عمراً وحماداً بدلين عن قوله «ابني فلان»؛ كما يقال: جاءني أخوك عمرو، والبدل عند أهل النحو هو الإعراض عن قوله الأول والأخذ بالثاني، فكان المعتبر هو الثاني، والأول يلغو؛ كما إذا قلت جاءني أخوك زيد، يصير كأنك قلت: جاءني زيد، واعتمدت عليه وأعرضت عن قولك «أخوك»، إلى هذا ذهب الأئمة من النحويين، وهذا قول سيبويه، وإذا كان كذلك صار الموصى معتمداً على قوله «عمرو وحماد»، معرضاً عن قوله «ابني فلان»، فصار كأنه قال: أوصيت بثلث مالي لعمرو وحماد، وحماد ليس بموجود، ولو كان كذلك لصرف كل الثلث إلى عمرو؛ وكذا ههنا.

وَالإشكال على هذا أن قوله «عمرو وحماد» كما يصلح أن يكون بدلاً عن قوله «ابني فلان»، يصلح أن يكون عطف بيان، والمعتبر في عطف البيان المذكور أولاً، والثاني يذكر لإزالة الجهالة عن الأول؛ كما في قول القائل: «جاءني أخوك زيد إذا كان في إخوته كثرة، كان زيد مذكوراً بطريق عطف البيان، لإزالة الجهالة المتمكنة في قوله «أخوك»، لكثرة الأخوة بمنزلة النعت، وإذا كان المعتبر هو المذكور أولاً وهو قوله «ابني فلان»، فإذا لم يكن لفلان إلا ابن واحد وهو عمرو، فينبغي أن لا يكون له إلا نصف الثلث.

والجواب: نعم، هذا الكلام يصلح لهما جميعاً، لكن الحمل على ما قلنا أَوْلَىٰ؛ لأن فيه تصحيح جميع تصرفه، وهو تمليكه جميع الثلث، وأنه أوصى بتمليك جميع الثلث، وفي الحمل على عطف البيان إثبات تمليك النصف، فكان ما قلناه أولى، على أن من شرط عطف البيان أن يكون الثاني معلوماً؛ كما في قول القائل جاءني أخوك زيد، كان زيد معلوماً، فزال به وصف الجهالة المعترضة في قوله «أخوك» بسبب كثرة الأخوة، وفي مسألتنا الثاني غير معلوم؛

لأن اسم حماد ليس له مسمى موجود له، ليكون معلوماً؛ فيحصل به إزالة الجهالة، فتعذر حمله على عطف البيان، فيجعل بدلاً للضرورة.

ولو قال: أوصيت لبني فلان وهم خمسة، ولفلان ابن فلان بثلث مالي، فإذا بنو فلان ثلاثة، فإن لبني فلان ثلاثة أرباع الثلث، ولفلان ابن فلان ربع الثلث؛ لما ذكرنا أن قوله وهم خمسة لغوٌ إذا كانوا ثلاثة، فبقي قوله أوصيت بثلث مالي لبني فلان ولفلان ابن فلان، فيكون الثلث بينهم أرباعاً، لحصول الوصية لأربعة، فيكون بينهم أرباعاً؛ لاستواء كل سهم فيها.

ولو قال: قد أوصيت لبني فلان وهم ثلاثة بثلث مالي، فإذا بنو فلان خمسة، فالثلث لثلاثة منهم؛ لأن قوله «لبني فلان» اسم عام، وقوله «وهم ثلاثة تخصيصٌ، أي أوصيت لثلاثة من بني فلان، فصح الإيصاء لثلاثة منهم غير معينين، وهذه الجهالة لا تمنع صحة الوصية؛ لأنها محصورة مستدركة، ومثل هذه الجهالة لا تمنع صحة الوصية؛ لأن تنفيذها ممكن؛ كما لو أوصى لأولاد فلان، وكما لو أوصى بثلث ماله وهو مجهول لا يدري كم يكون عند موت الموصي، بخلاف ما إذا أوصى لواحد من عرض الناس؛ حيث لم يصح؛ لأن تلك الجهالة غير مستدركة، وكذا لو أوصى لقبيلة لا يحصون؛ لأنه لا يمكن حصرها، والخيار في تعيين الثلاثة من بنيه إلى ورثة الموصي؛ لأنهم قائمون مقامه، والبيان كان إليه؛ لأنه هو المبهم، فلما مات عجز عن البيان بنفسه، فقام من يخلفه مقامه؛ بخلاف ما إذا أوصى لمواليه؛ حيث لم تصح، ولم تقم الورثة مقامه، لأن هناك تخلف المقصود من الوصية، ولا يقف على مقصود الموصي أنه أراد به زيادة في الإنعام أو الشكر أو مجازاة أحد من الورثة، فلا يمكنهم التعيين، وههنا الأمر بخلافه.

واستشهد محمد ـ رحمه الله ـ لصحة هذه الوصية فقال: ألا يرى أن رجلاً لو قال: أوصيت بثلث مالي لبني فلان، وهم ثلاثة: فلان وفلان وفلان، فإذا بنو فلان غير الذين سماهم ـ أن الوصية جائزة لمن سمى؛ لأنه خص البعض؛ فكذا ههنا.

أوضح محمد ـ رحمه الله تعالى ـ جواز تخصيص ثلاثة مجهولين بعلمه؛ لجواز تخصيص ثلاثة معينين، وأنه إيضاح صحيح، ولو قال: قد أوصيت بثلث مالي لبني فلان، وهم ثلاثة، ولفلان ابن فلان، فإذا بنو فلان خمسة، فلفلان ابن فلان ربع الثلث؛ لأن قوله وهم ثلاثة صحيحٌ، لما ذكرنا أنه تخصيص العام، فصار موصياً بثلث ماله لثلاثة من بني فلان، ولفلان ابن فلان، فكان فلان رابعهم، فكان له ربع الثلث وثلاثة أرباعه لثلاثة من بني فلان.

ولو أوصى لرجل بمائة ولرجل آخر بمائة، ثم قال لآخر: قد أشركتك معهما، فله ثلث كل مائة؛ لأن الشركة تقتضي التساوي، وقد أضافها إليهما، فيقتضي أن يستوي كل واحد منهما، ولا تتحقق المساواة إلا بأن يأخذ من كل واحد منهما ثلث ما في يده؛ فيكون لكل

واحد ثلثا المائة، فتحصل المساواة، وَإن أوصى لرجل بأربعمائة ولآخر بمائتين، ثم قال لآخر: قد أشركتك معهما، فله نصف ما أوصى لكل واحد منهما، لأن تحقيق المشاركة بينهم على سبيل الجملة غير ممكن في هذه الصورة؛ لاختلاف الأنصباء، فيتحقق التساوي على سبيل الانفراد؛ تحقيقاً لمقتضى الشركة بقدر الإمكان.

وكذا لو أوصى لاثنين لكل واحد جارية، ثم أشرك فيهما ثالثاً، كان له نصف كل واحدة منهما؛ لما ذكرنا أن إثبات الاستواء على سبيل الاجتماع غير ممكن، ولو قال: سدس مالي لفلان، ثم قال في ذلك المجلس أو في مجلس آخر ثلث مالي لفلان، فأجازت الورثة، فله ثلث المال؛ لأن الموصي أثبت الثلث، فثبت وهو يتضمن السدس، فثبت المتضمن به بثبوت المتضمن، فيصير كأنه أعاد الأول زيادة.

ولو قال: سدس مالي لفلان وصية سدس مالي لفلان، فإنما هو سدس واحد؛ لأن الأصل أن المعرفة إذا كررت كان المراد بالثاني هو الأول والسدس ههنا ذكر معرفة لإضافته إلى المال المعروف؛ بالإضافة إلى ضمير المتكلم، والله أعلم.

وعلى هذا يخرج ما إذا أوصى بخاتم لفلان وبفصه لفلان آخر، وجملةُ الكلام فيه أن الأمر لا يخلو إما إن كانت الوصيتان في كلام واحد متصل، وَإما إن كانتا في كلام منفصل، فإن كَانَتَا في كلام منفصل، فالحلقة للموصى له بالخاتم، والفص للموصى له بالفص بلا خلافٍ، وَإن كَانَتَا في كلام منفصلٍ؛ فكذلك في قول أبي يوسف.

وقيل: إنه قول أبي حنيفة ـ رحمه الله تعالى ـ أيضاً.

وقال محمد ـ رحمه الله تعالى ـ الحلقة للموصى له بالخاتم، والفص بينهما.

وجه قوله: إن الوصية بالخاتم تتناول الحلقة والفص، وبالوصية لآخر بالفص، لم يتبين أن الفص لم يدخل، وإذا كان كذلك بقي الفص داخلاً في الوصية بالخاتم، وإذا أوصى بالفص لآخر، فقد اجتمع في الفص وصيتان، فيشتركان فيه، ويسلم الحلقة للأول.

ولأبي يوسف ـ رحمه الله تعالى ـ أن اسم الخاتم يتناول الفص الذي فيه، إما بطريق التضمن؛ لأنه جزء من أجزاء الخاتم بمنزلة اسم الإنسان أنه يتناول جميع أجزائه بطريق التضمن، وإما بطريق التبعية؛ لكن عند الإطلاق، فإذا أفرد البعض بالوصية لآخر تبين أنه لم يتناوله؛ حيث جعله منصوصاً عليه أو مقصوداً بالوصية، فبطلت التبعية؛ لأن الثابت نَصًا فوق الثابت ضمناً وتبعاً، والأصل في الوصايا أن يقدم الأقوى فالأقوى، وصار هذا كما إذا أوصى بعبده لإنسان وبخدمته لآخر، أن الرقبة تكون للموصى له الأول، والخدمة للموصى له الثاني؛ لما قلنا؛ كذا هذا.

وبهذا تبين أن هذا ليس نظير اللفظ العام إذا ورد عليه التخصيص؛ لأن اللفظ العام يَتَناول كل فرد من أفراد العموم بحروفه، فيصير كل فرد من أفراده منصوصاً عليه، وههنا كل جزء من أجزاء الخاتم لا يصير منصوصاً عليه بذكر الخاتم.

ألا يرى أن كل جزء من أجزاء الخاتم لا يسمى خاتماً؛ كما لا يسمى كل جزء من أجزاء الإنسان إنساناً، فلم يكن هذا نظيراً للفظ العام، فلا يستقيم قياسه عليه، مع ما أن المذهب الصحيح في العام أنه يحتمل التخصيص بدليل متصل ومنفصل، والبيان المتأخر لا يكون نسخاً لا محالة، بل قد يكون نسخاً وقد يكون تخصيصاً على ما عرف في أصول الفقه، على أن الوصية بالخاتم وَإن تناولت الحلقة والفص، لكنه لما أوصى بالفص لآخر، فقد رجع عن وصيته بالفص للأول، والوصية عقد غير لازمٍ ما دام الموصى حيًّا فتحتمل الرجوع.

ألا يرى أنه يحتمل الرجوع عن كل ما أوصى به، ففي البعض أولى، فيجعل رجوعاً في الوصية بالفص للموصى له بالخاتم، وعلى هذا إذا أوصى بهذ الأمة لفلان وبما في بطنها لآخر، أو أوصى بهذه الدار لفلان وببنائها لآخر، أو أوصى بهذه القوصرة لفلان وبالثمر الذي فيها لآخر، إنه إن كان موصولاً كان لكل واحد منهما ما أوصى له به بالإجماع، وَإن كان مفصولاً فعلى الاختلاف الذي ذكرنا.

ولو أوصى بهذا العبد لفلان وبخدمته لفلان آخر، أو أوصى بهذه الدار لفلان وبسكناها لآخر، أو بهذه الشجرة لفلان وثمرتها لآخر، أو بهذه الشاة لفلان وبصوفها لآخر، فلكل واحد منهما ما سمي له بلا خلافٍ، سواء كان موصولاً أو مفصولاً؛ لأن اسم العبد لا يتناول الخدمة، واسم الدار لا يتناول السكنى، واسم الشجرة لا يتناول الثمرة، لا بطريق العموم ولا بطريق التضمن؛ لأن هذه الأشياء ليست من أجزاء العين، إلا أن الحكم متى ثبت في العين ثبت فيها بطريق التبعية، لكن إذا لم يفرد التبع بالوصية فإذا أفردت صارت مقصودة بالوصية، فلم تبق تابعة، فيكون لكل واحد منهما ما أوصى له به، أو تجعل الوصية الثابتة رجوعاً عن الوصية بالخدمة، والسكنى والثمرة والوصية تقبل الرجوع.

وهذه المسائل حجة أبي يوسف في المسألة الأولى.

ولو ابتدأ بالتبع في هذه المسائل ثم بالأصل؛ بأن أوصى بخدمة العبد لفلان ثم بالعبد لآخر، أو أوصى بسكنى هذه الدار لإنسان ثم بالدار لآخر، أو بالثمرة لإنسان ثم بالشجرة لآخر، فإذا ذكر موصولاً فلكل واحد منهما ما أوصى له به، وَإن ذكر مفصولاً فالأصل للموصى له بالأصل والتبع بينهما نصفان؛ لأن الوصية الثابتة تناولت الأصل والتبع جميعاً، فقد اجتمع في التبع وصيتان، فيشتركان فيه، ويسلم الأصل لصاحب الأصل، وهذا حجة محمد ـ رحمه الله في المسألة المتقدمة.

ولو أوصى بعبده لإنسان ثم أوصى بخدمته لآخر، ثم أوصى له بالعبد بعد ما أوصى له بالخدمة، أو أوصى بخاتمه لإنسان ثم أوصى بفصه لآخر ثم أوصى له بالخاتم بعد ما أوصى له بالفص، أو أوصى بجاريته لإنسان ثم أوصى بولدها لآخر، ثم أوصى له بالجارية بعد ما أوصى له بولدها، فالأصل والتبع بينهما نصفان: نصف العبد لهذا ونصفه للآخر، ولهذا نصف خدمته وللآخر نصف خدمته، وكذا في الجارية مع ولدها والخاتم مع الفص؛ لأن الوصية لأحدهما بالأصل وصية بالتبع، ويبطل حكم الوصية بالتبع بانفراده، وصار كأنه أوصى لكل واحد بالأصل والتبع نصًا، ولو كان كذلك لاشتركا في الأصل والتبع؛ كذا هذا.

فَإن كان أوصى للثاني بنصف العبد يقسم العبد بينهما أثلاثاً، وكان للثاني نصف الخدمة؛ لأنه لما أوصى له بنصف العبد، بطلت وصيته في خدمة ذلك النصف؛ لدخولها تحت الوصية بنصف العبد، وبقيت وصيته بالخدمة في النصف الآخر.

وَذَكر ابن سماعة أن أبا يوسف رجع عن هذا، وقال: إذا أوصى بالعبد لرجل وأوصى بخدمته لآخر، ثم أوصى برقبة العبد أيضاً لصاحب الخدمة؛ فإن العبد بينهما والخدمة كلها للموصى له بالخدمة؛ لإفراده بالوصية بالخدمة، فوقع صحيحاً، فلا تبطل بالوصية بالرقبة، فصار الموصى له الثاني موصى له بالرقبة والخدمة على الانفراد، فيستحق نصف الرقبة لمساواته صاحبه في الوصية بها، وينفرد بالوصية بالخدمة.

وقال: لو أوصى لرجل بأمة تخرج من الثلث، وأوصى لآخر بما في بطنها، وأوصى بها أيضاً للذي أوصى له بما في البطن، فالأمة بينهما نصفان، والولد كله للذي أوصى له به خاصة، لا يشركه فيه صاحبه؛ لما ذكرنا أنهما تَسَاوَيا في استحقاق الرقبة وانفرد صاحب الولد بالوصية به خاصَّة.

ولو أوصى بالدار لرجل وأوصى ببيت فيها بعينه لآخر، فإن البيت بينهما بالحصص، وكذا لو أوصى بألف درهم بعينها لرجل، وأوصى بمائة منها لآخر - كان تسعمائة لصاحب الألف، والمائة بينهما نصفان؛ لأن اسم الدار يتناول البيوت التي فيها بطريق الأصالة لا بطريق التبعية؛ وكذا اسم الألف يتناول كل مائة منها بطريق الأصالة، وكان كل واحد منهما أصلاً في كونه موصى به، فيكون بينهما، وهذا مما لا خلاف فيه، وَإنما الخلاف في كيفية القسمة، فعند أبي حنيفة - رحمه الله تعالى - على طريق المنازعة، وعند أبي يوسف على طريق المضاربة، فيقسم على أحد عشر: لصاحب المائة جزء من أحد عشر في المائة، ولصاحب الألف عشرة أجزاء في جميع الألف؛ وكذلك الدار والبيت.

ولو أوصى ببيت بعينه لرجل وساحته لآخر، كان البناء بينهما بالحصص؛ لأن البيت لا يسمى بيتاً بدون البناء، فكانت وصية الأول متناولة للبناء بطريق الأصالة، فيشارك الموصى له

بالساحة، بخلاف الوصية بدار لإنسان وببنائها لآخر - أنهما لا يشتركان في البناء، بل تكون العرضة للموصى له بالدار، والبناء لآخر، لأن اسم الدار لا يتناول البناء بطريق الأصالة، بل بطريق التبعية؛ إذ الدار اسم للعرضة في اللغة، والبناء فيها تبعٌ؛ بدليل أنها تسمى داراً بعد زوال البناء، فكان دخول البناء في الوصية بالدار من طريق التبعية، فكانت العرصة للأول، والبناء للثاني، والله تعالى أعلم.

وأما الرجوع الثابت من طريق الضرورة، فنوعان: أحدهما أن يتصل بالعين الموصى به زيادة لا يمكن تسليم العين بدونها؛ كما إذا أوصى بسويق ثم لته بالسمن؛ لأن الموصى به اتصل بما ليس بموصى به، بحيث لا يمكن تسليمه بدونه لتعذر التمييز بينهما، فثبت الرجوع ضرورة.

وكذا إذا أوصى بدار ثم بنى فيها، أو أوصى بقطن ثم حشاه جبة فيه، أو أوصى ببطانة ثم بطن بها، أو بظهارة ثم ظهر بها؛ لأنه لا يمكن تسليم الموصى به إلا بتسليم ما اتصل به، ولا يمكن تسليمه إلا بالنقض، ولا سبيل إلى التكليف بالنقض؛ لأنه تصرف في ملك نفسه، فجعل رجوعاً من طريق الضرورة، ويمكن إثبات الرجوع في هذه المسائل من طريق الدلالة أيضاً؛ لأن اتصال الموصى به بغيره حصل بصنع الموصي، فكان تعدد التسليم مضافاً إلى فعله، وكان رجوعاً منه دلالة، والثاني أن يتغير الموصى به بحيث يزول معناه واسمه، سواء كان التغيير إلى الزيادة أو إلى النقصان؛ كما إذا أوصى لإنسان بثمر هذا النخل، ثم لم يمت الموصي حتى صار بسراً، أو أوصى له بهذا البسر، ثم صار رطباً، أو أوصى بهذا العنب فصار زبيباً، أو بهذا السنبل فصار حنطةً، أو بهذا القصيل فصار شعيراً، أو بالحنطة المبذورة في الأرض فنبتت وصارت بقلاً، أو بالبيضة فصارت فرخاً؛ أو نحو ذلك، ثم مات الموصي - بطلت الوصية فيما أوصى به، فيثبت الرجوع ضرورة.

هذا إذا تغير الموصى به قبل موت الموصي؛ لأنه صار شيئاً آخر لزوال معناه واسمه، فتعذر تنفيذ الوصية فيما أوصى به، وأما إذا تغير بعد موته فحكمه يذكر في بيان ما تبطل به، إن شاء الله تعالى.

ولو أوصى برطب هذا النخل، فصار بسراً، فالقياس أن تبطل الوصية لتغير الموصى به، وهو الرطب من الرطوبة إلى اليبوسة وزوال اسمه، وفي الاستحسان لا تبطل؛ لأن معنى الذات لم يتغير من كل وجه، بل بقي من وجه؛ ألا يرى أن غاصباً لو غصب رطب إنسان، فصار تمراً في يده - لا ينقطع حق المالك، بل يكون له الخيار: إن شاء أخذه تمراً، وَإن شاء ضمنه رطباً مثل رطبه.

فصل في بيان حكم الوصية

وأما بيان حكم الوصية، فالوصية في الأصل نوعان: وصية بالمال، ووصيه بفعل متعلق بالمال لا يتحقق بدون المال.

أما الوصية بالمال فحكمها ثبوت الملك في المال الموصى به للموصى له، والمال قد يكون عيناً، وقد يكون منفعة، ويتعلق بالملك في كل واحد منهما أحكام، أما ملك العين: فحكم مطلق ملكه وحكم سائر الأعيان المملوكة بالأسباب الموضوعة لها سواء؛ كالبيع والهبة والصدقة ونحوها، فيملك الموصى له التصرف فيها بالانتفاع بعينها والتمليك من غيره، بيعاً وهبة ووصيةً؛ لأنه ملك بسبب مطلق، فيظهر في الأحكام كلها، ويظهر في الزوائد المتصلة أو المنفصلة الحادثة بعد موت الموصي، سواء حدثت بعد قبول الموصى له أو قبل قبوله؛ بأن حدثت ثم قبل الوصية.

أما بعد القبول فظاهر؛ لأنها حدثت بعد ملك الأصل، وملك الأصل موجب ملك الزيادة.

وأما قبل القبول؛ فلأن الملك بعد القبول ثبت من وقت الموت؛ لأن الكلام السابق صار سبباً لثبوت الملك في الأصل وقت الموت؛ لكونه مضافاً إلى وقت الموت فصار سبباً عند الموت، فإذا قبل ثبت الملك فيه من ذلك الوقت؛ لوجود السبب في ذلك الوقت؛ كالجارية المبيعة بشرط الخيار للمشتري، إذا ولدت في مدة الخيار ثم أجاز المشتري البيع - أنه يملك الولد لما قلنا، كذا هذا؛ وكانت الزوائد موصى بها حتى يعتبر خروجها من الثلث؛ لأن الملك فيها بواسطة ملك الأصل مضاف إلى كلام سابق؛ كأنها كانت موجودة في ذلك الوقت، وهل يكون موصى بها بعد القبول قبل القسمة، لم يذكر في الأصل.

واختلف المشايخ فيه، قال بعضهُم: لا يكون حتى لا يعتبر فيها الثلث، ويكون في جميع المال؛ كما لو حدثت بعد القسمة؛ لأنها حدثت بعد ملك الأصل.

وقال عامتهم: يكون؛ لأن ملك الأصل وَإن ثبت لكنه لم يتأكد؛ بدليل أنه لو هلك ثلث التركة قبل القسمة، وصارت الجارية بحيث لا تخرج من ثلث المال، كانت له الجارية بقدر ثلث الباقي، ويستوي فيما ذكرنا من الزيادة المنفصلة المتولدة من الأصل، أو في معنى المتولدة؛ كالولد والأرش والعقر وما لم يكن متولداً من الأصل رأساً؛ كالكسب والغلة، فرقاً بين الوصية وبين البيع؛ حيث ألحق الكسب والغلة بالمتولد في الوصية، ولم يلحقهما في البيع، والفرق أن الكسب والغلة بدل المنفعة، والمنفعةُ تملك بالوصية مقصوداً؛ كذا بدلها بخلاف البيع، ثم إذا صارت الزوائد موصى بها حتى يعتبر خروجها من الثلث، فإن كانت

الجارية مع الزيادة يخرجان من الثلث يعطيان للموصى له، وإن كان لا يخرجان جميعاً من الثلث، فعند أبي حنيفة ـ رحمه الله ـ يعطى للموصى له الجارية أولاً من الثلث، فإن فضل من الثلث شيء يعطى من الزيادة بقدر ما فضل، وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله، يعطى الثلث منهما جميعاً بقدر الحصص.

وجه قولهما: إن الزيادة إن صارت موصى بها، صارت كالموجودة عند العقد، فيعطى الثلث منهما جميعاً، أكثر ما في الباب أن فيه تغيير حكم العقد في الأصل بسبب الزيادة، لكن هذا جائز، كما في الزيادة المتصلة.

ولأبي حنيفة ـ رحمه الله تعالى ـ أن القول بانقسام الثلث على الأصل والزيادة إضرار بالموصى له من غير ضرورة؛ وهذا لا يجوز.

بيان ذلك أن حكم الوصية في الأصل قبل حدوث الزيادة كان سلامة كل الجارية للموصى له، وبعد الانقسام لا تسلم الجارية له، بل تصير مشتركة، والشركة في الأعيان عيب خصوصاً في الجواري، فيتضرر به الموصى له، ولا ضرورة إلى إلحاق هذا الضرر لإمكان تنفيذ الوصية في الأصل بدون الزيادة؛ بخلاف الزيادة المتصلة؛ فإن هناك ضرورة لتعذر تنفيذ الوصية في الأصل بدون الزيادة؛ لعدم إمكان التمييز، فمست الضرورة إلى التنفيذ فيهما من الثلث.

وأما الزوائد الحادثة قبل موت الموصي، فلا يملكها الموصى له؛ لأنها حدثت قبل ملك الأصل، وقبل انعقاد سبب الملك؛ لأن الكلام السابق إنما يصير سبباً عند الموت، فإذا مات الموصي ملكها الورثة، والله تعالى أعلم.

وأما ملك المنفعة بالوصية المضافة إليها مقصوداً، فيتعلق بها أحكام مختلفة، فنذكرها، فنقول وبالله التوفيق.

إن الملك في المنفعة ثبت موقتاً لا مطلقاً، فإن كانت الوصية مؤقتة إلى مدة، تنتهي بانتهاء المدة، ويعود ملك المنفعة إلى الموصى له بالرقبة إن كان قد أوصى بالرقبة إلى إنسان، وَإن لم يكن يعود إلى ورثة الموصي، وإن كانت مطلقة تثبت إلى وقت موت الموصى له بالمنفعة، ثم ينتقل إلى الموصى له بالرقبة إن كان هناك موصى له بالرقبة، وَإن لم يكن ينتقل إلى ورثة الموصي، وليس للموصى له بالخدمة والسكنى أن يؤاجر العبد أو الدار من غيره عندنا، وعند الشافعي له ذلك.

وَجهُ قوله إن الموصى له بالمنفعة قد ملك المنفعة؛ كالمستأجر له أن يؤاجر من غيره؛ كذا هذا، ولهذا يملك الإعارة؛ كذا الإجارة.

ولنا أن الثابت للموصى له بالسكنى والخدمة ملك المنفعة بغير عوض، فلا يحتمل التمليك بعوض، كالملك الثابت للمستعير بالإعارة حتى لا يملك الإجارة، كذا هذا، أو يخدم العبد بنفسه.

ولو أوصى بغلة الدار والعبد، فأراد أن يسكن بنفسه أو يستخدم العبد بنفسه، هل له ذلك؟ لم يذكر في الأصل، واختلف المشايخ فيه، قال أبو بكر الإسكاف له ذلك، وقال أبو بكر الأعمش: ليس له ذلك، وهو الصحيحُ؛ لأنه أوصى له بالغلة لا بالسكنى والخدمة، وليس له أن يخرج العبد من الكوفة إلا أن يكون أهل الموصى له في غير الكوفة، فله أن يخرجه إلى أهله؛ ليخدمه هناك إذا كان يخرج من الثلث؛ لأن الوصية بالخدمة تقع على الخدمة المعهودة المتعارفة، وهي الخدمة عند أهله، فكان ذلك مأذوناً فيه دلالة؛ لأن لصاحب الرقبة حق الحفظ والصيانة، وَإنما يمكنه إذا كانت الخدمة بحضرته.

هذا إذا كان العبد يخرج من الثلث، فإن كان لا يخرج من الثلث، فليس له أن يخرجه إلى مصر آخر؛ لأنه إذا لم يكن له مال آخر سواه، يخدم الموصى له يوماً والورثة يومين، فيكون كالعبد المشترك، فلا يملك إخراجه؛ لما في الإخراج من إبطال حق الورثة، وما وهب للعبد أو تصدق به عليه أو اكتسبه، فهو لصاحب الرقبة؛ لأن ذلك مال العبد، والعبد في الحقيقة لصاحب الرقبة، فكان كسبه له، قال رسول الله ﷺ: **«مَنْ بَاعَ عَبْداً وَلَهُ مَالٌ، فَمَالُهُ لِبَائِعِهِ إلاَّ أنْ يَشْتَرِطَهُ الْمُبْتَاعُ»**[1].

ولو كان مكان العبد أمة فولدت ولداً، فهو لصاحب الرقبة؛ لأنه متولد من الرقبة، والرقبة له؛ ولأنه أوصى له بخدمة شخص واحد، فلا يستحق خدمة شخصين، ونفقة العبد وكسوته على صاحب الخدمة إن كان العبد كبيراً؛ لأن منفعته له، فكانت النفقة والكسوة عليه؛ إذ الخراج بالضمان، ولهذا كانت نفقة العبد المستعار على المستعير؛ كذا هذا؛ بخلاف العبد الرهن إن نفقته على الراهن، لا على المرتهن؛ لأن منفعته للراهن؛ ألا يرى أنه لو هلك يسقط عنه من الدين بقدره؛ وكذا له أن يفتكه في أيِّ وقتٍ شاء، فينتفع به.

وَإن كان العبد صغيراً يخرج من الثلث فنفقته على صاحب الرقبة إلى أن يدرك الخدمة، ويصير من أهلها؛ لأنه لا منفعة لصاحب الخدمة للحال، ومنفعة النماء والزيادة لصاحب الرقبة، فكانت النفقة عليه حتى يبلغ الخدمة، فإذا بلغ فنفقته على صاحب الخدمة؛ لأن المنفعة تحصل له.

---

(١) تقدم.

وعلى هذا إذا أوصى بغلة نخل أبر لرجل، ولآخر برقبته، ولم تدرك أو لم تحمل، فالنفقة في سقيها والقيام عليها على صاحب الرقبة، فإذا أثمرت فالنفقة على صاحب الغلة؛ لأنها إذا لم تدرك أو لم تحمل فصاحب الغلة لا ينتفع بها، فلا يكون عليه نفقتها، وكانت على صاحب الرقبة لإصلاح ملكه إلى أن تثمر، فإذا أثمرت فقد صارت منتفعاً بها في حق صاحب الغلة، فكانت عليه نفقتها، فإن حملت عاماً واحداً ثم حالت ولم تحمل شيئاً، فالقياس أن لا يكون عليه نفقتها في العام الذي حالت فيه؛ لأنه لا ينتفع بها فيه.

وفي الاستحسان عليه نفقتها؛ لأن بانعدام حملها عاماً لا تعد منقطعة المنفعة؛ لأن من الأشجار ما لا يحمل كل عام، ولا يعد ذلك انقطاع للنفع، بل يعد نفعاً ونماءً، وكذا الأشجار لا تخرج إلا في بعض فصول السنة، ولا يعد ذلك انقطاع النفع، بل يعد نفعاً ونماء، حتى كانت نفقتها على الموصى له بالغلة؛ فكذا هذا.

فَإن لم ينفق الموصى له بالغلة وأنفق صاحب الرقبة عليها حتى حملت، فإنه يستوفي نفقته من ذلك الحمل، وما يبقى من الحمل فهو لصاحب الغلة؛ لأنه فعل ذلك مضطرًا لإصلاح ملك نفسه ودفع الفساد عن ماله، فلم يكن متبرعاً، فله أن يرجع فيما حملت؛ لأنه إنما حصل هذه الفائدة بسبب نفقته.

ولو هلكت الغلة قبل أن تصل إلى صاحب الغلة، ليس له أن يرجع عليه بما أنفق؛ لأن هذا ليس بدين واجب عليه، وَإنما هو شيءٌ يفتى به ولا يقضى، ولو جنى العبد جناية، فالفداء على صاحب الخدمة، لأن منفعة الرقبة له، فكان الفداء عليه؛ لقول النبي ﷺ: **«الخَرَاجُ بِالضَّمَانِ»**[1] وصار كعبد الرهن إذا جنى جناية أن الفداء على المرتهن؛ لأنه هو المنتفع به بحبسه في دينه، أو يقال: إن الفداء على صاحب الرقبة؛ لأن الجناية حصلت من الرقبة حقيقة، والرقبة له، ولكن يقال لصاحب الخدمة؛ إن حقك يفوت لو فدى صاحب الرقبة أو دفع، وَإن أردت أن تحيي حقك، فَأفْدِ.

وهكذا يقال للمرتهن في العبد الرهن إذا جنى؛ لأن الرقبة للراهن، فإذا فدى صاحب الخدمة فقد طهره عن الجناية، فتكون الخدمة على حالها، وَإن أبى أن يفدي، يقال لصاحب الرقبة: ادفعه أو أفده؛ لأن الرقبة له، وأي شيء اختاره بطل حق صاحب الخدمة، أما إذا دفع فلا شك فيه؛ لأنه بطل ملك الموصى له بالخدمة بالدفع، فلا يستحق الخدمة على ملك غيره، وكذلك إذا أفدى؛ لأنه يصير كالمشتري منهم الرقبة، فيتجدد الملك، ويبطل حكم الملك الأول فيه، فإن مات صاحب الخدمة وقد فدى قبل ذلك، بطلت وصيته؛ لما قلنا إن ملك

(١) تقدم.

المنفعة بالوصية، بمنزلة ملك المستعير والعارية تبطل بموت المستعير؛ لأن المعير ملك المنفعة منه، لا من غيره؛ كذا ههنا.

ويقال لصاحب الرقبة: أَدِّ إلى ورثته الفداء الذي فدى؛ لأنه تبين أن الفداء كان عليه لا على صاحب الخدمة؛ لأنه إنما التزم ذلك على ظن أن كل منفعة الرقبة مصروف إليه، ومتى ظهر أنه مصروف إلى غيره، ظهر أنه على غيره، فتبين أنه تحمل عن غيره وهو صاحب الرقبة إحياء لملكه وهو مضطر فيه فرجع عليه، وليس لصاحب الرقبة أن ينتفع به ما لم يدفع إليهم ما دفع صاحب الخدمة من الفداء، فإن أبى صاحب الرقبة دفع ذلك الفداء إلى ورثة صاحب الخدمة، بيع العبد فيه، وكان بمنزلة الدين في عنقه؛ لأن هذا الدين وجب بسبب كان في رقبته، فصار كسائر الديون.

ولو لم يجن العبد ولكن قتله رجلٌ خطأً، فعلى عاقلة القاتل قيمته يشتري بها عبداً يخدم صاحب الخدمة؛ لأن البدل يقوم مقام المبدل؛ كالعبد الرهن إذا قتل في يد المرتهن وغرم القاتل قيمته، يكون رهناً مكانه؛ بخلاف العبد المستأجر إذا قتل وغرم القاتل القيمة أنه لا يشتري بها عبداً آخر حتى يستعمله المستأجر؛ لأن القاتل يغرم القيمة دراهم أو دنانير، والدراهم والدنانير لا يجوز استئناف عقد الإجارة عليها، فلا يبقى عليها العقد فتبطل، ويجوز استئناف عقد الوصية على الدراهم والدنانير، فجاز أن تبقى عليها، فيشتري بها عبد آخر يقوم مقام الأول.

وَإِن كان القتل عمداً فلا قصاص على القاتل، إلا أن يجتمع على ذلك صاحب الرقبة وصاحب الخدمة؛ لأن لصاحب الرقبة ملكاً، ولصاحب الخدمة حق يشبه الملك، فصار كعبد بين شريكين قتل عمداً؛ أنه لا ينفرد أحدهما باستيفاء القصاص، كذا هذا.

وَإِن اختلفا في ذلك؛ بأن طلب أحدهما القصاص ولم يطلب الآخر، سقط القصاص للشبهة، وصار مالاً، فصار بمعنى الخطأ، فيشتري به عبداً للخدمة؛ كما لو كان القتل خطأً.

ولو فَقَأَ رجل عينيه، أو قطع يديه، دفع إليه العبد وأخذ قيمته صحيحاً، فاشترى بها عبداً مكانه؛ لأن فقأ العينين وقطع اليدين بمنزلة استهلاكه، إلا أنه مما يصلح خراجاً بضمان، فيضمن قيمته ويأخذه خراجاً بضمانه، ثم يفعل بالقيمة ما وصفنا؛ وهو أن يشتري بها عبداً للخدمة.

ولو فقأت عينه أو قطعت يده أو شج موضحة، فأدى القاتل أرش ذلك، فهذا على وجهين: إما إن كانت الجناية تنقص الخدمة، وَإما إن كانت لا تنقص، فإن كانت تنقص، فإن اتفق الموصى له بالرقبة والموصى له بالخدمة على أن يشتريا بالأرش عبداً، بأن كان الأرش يبلغ قيمة عبد حتى يخدم الموصى له بالخدمة مع العبد الأول فَعَلاَ ذلك، وجاز.

وَإن اتفقا على أن يباع هذا العبد ويضم ثمنه إلى ذلك الأرش، فاشتريا بهما عبداً آخر، جاز أيضاً؛ لأن الجناية إذا كانت تنقص الخدمة كان لكل واحد منهما حق في ذلك الأرش، فكان لهما أن يتفقا على أحد هذين الشيئين.

وَإن اختلفا ولم يتفقا، فلا يباع العبد الموصى به؛ لأن لكل واحد منهما حق، فلا يباع إلا برضاهما، ويشتري بالأرش عبد لخدمتهما، حتى يقوم مقام الجزء الفائت، فإن لم يؤخذ بالأرش عبد، يوقف ذلك حتى يصطلحَا عليه، فإن اصطلحَا على أن يقتسماه نصفين، جاز؛ لأن الحق لهما، وَإذا اقتسماه جاز ذلك.

وإن لم يصطلحا لا يقضي القاضي بشيء، ولكن يوقف ذلك المال، وَإن كانت الجناية لا تنقص الخدمة، فوصيته على حالها، والأرش لصاحب الرقبة، لأن الأرش بدل جزء من أجزاء الرقبة، فيكون لمالك الرقبة.

ولو كان لرجل ثلاثة أعبد، فأوصى برقبة أحدهم لرجل، وأوصى بخدمة آخر لرجل آخر، ولا مال له غيرهم، وقيمة الذي أوصى بخدمته خمسمائة، وقيمة الذي أوصى برقبته ثلثمائة، وقيمة الباقي ألف درهم، فالثلث بينهما على ثلاثة أسهم، الذي أوصى برقبته ثلثمائة، وقيمة الباقي ألف درهم، فالثلث بينهما على ثلاثة أسهم، والأصل أن الوصية بالخدمة تعتبر من الثلث؛ كالوصية بالرقبة؛ لأن الوصية بالخدمة وصية بحبس الرقبة عن الوارث، فيعتبر من الثلث.

وإذا عرف هذا فجميع مال الميت ألف وثمانمائة درهم، ثلثها ستمائة وجميع سهام الوصايا ثمانمائة، فإذا زادت سهام الوصايا على ثلث المال مائتين، وذلك بالنسبة إلى سهام الوصايا ربعها، فينقص من وصية كل واحد منها مثل ربعها، وينفذ في ثلاثة أرباعها، فيكون ثلاثة أرباع وصيتهما وثلث المال سواء، فأما قيمة العبد الموصى له برقبته، فثلثمائة، فينقص منه ربعها، وذلك خمسة وسبعون، وينفذ الوصية في ثلاثة أرباعها، وذلك مائتان وخمسة وعشرون، وقيمة العبد الموصى له بخدمته خمسمائة، فينقص منه ربعها؛ وذلك مائة وخمسة وعشرون، وتنفذ الوصية في ثلاثة أرباعها؛ وذلك ثلاثمائة وخمسة وسبعون، فيضم إلى وصية صاحب الرقبة؛ وذلك مائتان وخمس وعشرون، فيصير ستمائة؛ وذلك ثلث المال وخمسة وسبعون من العبد الموصي برقبته، ومائة وخمسة وعشرون من العبد الموصي بخدمته؛ يضم إلى العبد الباقي وقيمته ألف درهم، فصار ألفاً ومائتين، وذلك ثلثا المال، فاستقام على الثلث والثلثين.

وإذا نفذت الوصية في ثلاثة أرباع العبد الموصي بخدمته، يخدم الموصى له ثلاثة أيام والورثة يوماً واحداً، فإن مات صاحب الخدمة استكمل صاحب الرقبة عبده كله؛ لأن وصية

صاحب الخدمة قد بطلت بموته، وبقيت وصية صاحب الرقبة، وهي تخرج من الثلث، فتكون له.

وكذلك إن مات العبد الذي كان يخدمه، كان العبد الآخر كله لصاحب الرقبة؛ لأن التوزيع والتقسيم إنما كان بينهما لثبوت حقهما، فإذا ذهب أحدهما، صار كأنه أوصى له وحده، فيعتبر من الثلث، وهو يخرج من الثلث.

ولو كانت قيمة العبيد سواء، كان لصاحب الخدمة نصف خدمة العبد، ولصاحب الرقبة نصف رقبة الآخر؛ لأن قيمة العبد خمسمائة، وقيمة العبدين اللذين أوصى بهما ألف درهم، قيمة كل واحد خمسمائة، فصار ثلث ماله خمسمائة، فيقسم الثلث بينهما، فصح من وصية كل واحد منهما نصفان، فيكون لصاحب الرقبة نصف الرقبة، وللموصى له بالخدمة نصف الخدمة، يخدمه يوماً، والورثة يوماً، وَإنما يضرب لصاحب الخدمة كما يضرب لصاحب الرقبة؛ لما ذكرنا أنه أوصى بحبس الرقبة عن الوارث؛ فكأنه أوصى بالتمليك لانقطاع حق الورثة، فهي والوصية بالتمليك سواءٌ.

وَلَوْ أَوْصَىٰ بالعبيد كلهم لصاحب الرقبة وبخدمة أحدهم لصاحب الخدمة، لم يضرب صاحب الرقاب إلا بقيمة واحد منهم، ويضرب الآخر بخدمة الآخر فيكون كالباب الذي قبله، وهذا قول أبي حنيفة - رحمه الله تعالى - لأن الموصى له بالرقاب في الحكم كأنه أوصى له برقبتين؛ لأن العبد الذي أوصى بخدمته لغيره، هو ممنوعٌ؛ لأنه مشغول بحق غيره، فما دام مشغولاً جعل كأنه لم يوص له به.

ومن أصل أبي حنيفة أن الموصى له بأكثر من الثلث لا يضرب إلا بالثلث، فالموصى له بالعبدين ههنا لا يضرب إلا بالثلث، وهو عبد واحد، والموصى له بالخدمة يضرب أيضاً بعبد واحد، فيصير الثلث بينهما نصفين؛ لكل واحد منهما نصف الرقبة، فالذي أوصى له بالعبدين له نصف العبد في العبدين جميعاً؛ لأن حقه في العبدين فيكون له من كل عبد ربعه، والموصى له بالخدمة له نصف العبد الذي أوصى له بخدمته، يخدم الموصى له يوماً والورثة يوماً؛ كما في الفصل الأول.

وأما على قولهما الموصى له بالرقاب، يضرب بالعبدين، والموصى له بخدمة العبد يضرب بعبد واحد، فيصير الثلث بينهما أثلاثاً، سهمان لصاحب الرقاب، وسهمٌ لصاحب الخدمة، فلما صار الثلث على ثلاثة صار الثلثان على ستة، والجميع تسعة كل عبد ثلاثة أسهم، فللموصى له بالرقاب سهمان في العبدين من كل رقبه سهم، وللموصى له بالخدمة سهم في العبد الذي أوصى له بخدمته، يخدم العبد الموصى به للموصى له بالخدمة يوماً، وللورثة يومين، فحصل للموصى لهما ثلاثة أسهم وللورثة ستة أسهم

ولو كانوا يخرجون من الثلث، كان لصاحب الرقبة ما أوصى له به، ولصاحب الخدمة ما أوصى له به؛ لأن كل واحد منهما يصل إلى تمام حقه، ولو لم يكن له مال غيرهم، فأوصى بثلث كل عبد منهم لفلان، وأوصى بخدمة أحدهم لفلان؛ فإنه يقسم الثلث بينهما على خمسة أسهم، لصاحب الخدمة ثلاثة أخماس الثلث في خدمة ذلك العبد، يخدمه ثلاثة أيام ويخدم الورثة يومين، فيكون للآخر خمس الثلث في العبدين الباقيين في كل واحد منهما خمس رقبته.

وجه ذلك أن الموصى له بالرقاب لا حق له في العبد الذي أوصى بخدمته، ما دام الموصى له باقياً، فصار كأنه أوصى بخدمة أحدهم لرجل وبثلث العبدين الآخرين لرجل، فاجعل كل ثلث سهماً، فيضرب صاحب الرقبة بثلث كل عبد؛ وذلك سهمان، ويضرب صاحب الخدمة بالجميع؛ وذلك ثلاثة أسهم؛ فاجعل ثلث المال على خمسة فيقسم بينهما لصاحب الرقبة سهمان، في كل عبد من العبدين سهم، ولصاحب الخدمة ثلاثة أسهم في العبد الموصى له بخدمته، فيخدمه ثلاثة أيام وللورثة يومين، فجميع ما حصل للموصى لهما خمسة أسهم، سهمان للموصى له بالرقبة وثلاثة أسهم للموصى له بالخدمة، وجميع ما حصل للورثة عشرة أسهم، ثمانية أسهم في العبدين في كل عبد أربعة، وسهمان من العبد الموصى له بالخدمة، فاستقام على الثلث والثلثين.

ولو كان أوصى بثلث ماله لصاحب الرقاب، وبخدمة أحدهم بعينه لصاحب الخدمة، ولا مال غيرهم له، قسم الثلث بينهما نصفين.

ووجه ذلك أن العبد الموصي بخدمته اجتمع فيه وصيتان: وصية بجميعه ووصية بثلثه؛ لأنه أوصى له بثلث ماله، وخدمة العبد مال؛ ألا ترى أن من أوصى لآخر بخدمة عبده، اعتبر ذلك من الثلث، بخلاف ما ذكرنا في المسألة الأولى أنه إذا أوصى له بثلث الرقاب أن الموصى له بالرقاب لا حق له في العبد الذي أوصى بخدمته، ما دام الموصى له باقياً؛ لأنه أوصى له بالرقبة، والخدمة ليست من الرقبة في شيء، وههنا أوصى له بالمال والخدمة مال؛ فلذلك قلنا إنه إذا اجتمع في العبد الموصي بخدمته وصيتان، وصية بجميعه ووصية بثلثه، فالثلثان لصاحب الخدمة بلا منازعة، والثلث بينهما نصفان، فيجعل العبد على ستة أسهم، أربعة أسهم خلت عن دعوى صاحب الثلث، وسلمت لصاحب الخدمة بلا منازعة، وسهمان استوت منازعتهما فيهما، فينقسم بينهما لكل واحد منهما سهم، فصار لصاحب الخدمة خمسة أسهم، ولصاحب الثلث سهم، فإذا صار هذا العبد على ستة أسهم صار العبدان الآخران على اثني عشر، فثلثها أربعة ضمت إلى ستة فتصير عشرة، فهذه جملة وصاياهم، فاجعل هذا ثلث المال وثلثاه مثلاه عشرون، وجميع المال ثلاثون، فيتبين أن كل عبد صار عشرة، فالعبد الموصي بخدمته عشرة، يخدم الموصى له بخدمته خمسة أيام، وللورثة أربع أيام، ويخدم صاحب الثلث يوماً،

ولصاحب الثلث من العبدين الآخرين أربعة أسهم، فتصير الوصية عشرة، ستة في العبد الموصي بخدمته، وأربعة أسهم في العبدين الباقيين، وللورثة عشرون في كل عبد من الباقيين ثمانية أسهم وأربعة من الموصي بخدمته، فاستقام على الثلث والثلثين، وهذا قول أبي حنيفة ـ رحمه الله ـ.

وأما على قولهما فإنهما يسلكان مسلك العول، فالعبد الذي أوصى بخدمته اجتمع فيه وصيتان: وصية بجميعه ووصية بثلثه، ومخرج الثلث ثلاثة، فصاحب الجميع يضرب بالجميع ثلاثة، وصاحب الثلث يضرب بالثلث سهم، وصار هذا العبد على أربعة، فلما صار هذا العبد على أربعة صار العبدان الآخران كل واحد منهما على ثلاثة؛ بغير عولٍ؛ لأنه لا حاجة إلى العول في ذلك، فالثلث بينهما سهمان ضمه إلى أربعة، فيصير ستة، فاجعل هذا ثلث المال، وثلثاه مثلاه اثنا عشر، والجميع ثمانية عشر، فتبين أن العبد الموصي بخدمته صار على ستة، يخدم لصاحب الخدمة ثلاثة أيام، وللآخر يوماً، وللورثة يومين، وللموصى له بالثلث من العبدين الآخرين سهمان، فصارت الوصية ستة، أربعة أسهم في العبد الموصى له بخدمته، وسهمان في العبدين، وللورثة اثنا عشر سهماً، سهمان في العبد الموصى له بخدمته، وعشرة أسهم في العبدين، فاستقام على الثلث والثلثين.

ولو أوصى بخدمة عبده لرجل، وبغلته لآخر، وهو يخرج من الثلث، فإنه يخدم صاحب الخدمة شهراً، وعليه طعامه، ولصاحب الغلة شهراً وعليه طعامه، وكسوته عليهما نصفان، وَإِنَّما كان كذلك؛ لأنه أوصى لكل واحد منهما بجميع الرقبة؛ لأن الوصية بالخدمة وصية بحبس الرقبة؛ لأنه لا يمكن الاستخدام إلا بعد حبسها، والوصية بالغلة أيضاً وصية بالرقبة؛ لأنه لا يمكن استغلاله إلا بعد حبس الرقبة، فقد أوصى لكل واحد منهما بجميع الرقبة، وحظهما سواء، فيخدم هذا شهراً ويستغله الآخر شهرا؛ لأن العبد مما لا يمكن قسمته بالأجزاء، فيقسم بالأيام، وطعامه في مدة الخدمة على صاحب الخدمة؛ لأنه هو الذي ينتفع به دون صاحب الغلة، والنفقة على من يحصل له المنفعة، وفي مدة الغلة على صاحب الغلة؛ لأن منفعته في تلك المدة تحصل له.

وأما الكسوة فعليهما جميعاً؛ لأن الكسوة لا تتقدر بهذه المدة؛ لأنها تبقى أكثر من هذه المدة، ولا تتجدد الحاجة إليها بانقضاء هذا القدر من المدة كما تتجدد إلى الطعام في كل وقت، وهما فيه سواء، فكانت الكسوة عليهما لهذا المعنى، فإن جنى هذا العبد جناية قيل لهما افدياه، لأن منفعته لهما، فيخاطبان به كما يخاطب به المرتهن في العبد المرهون، فإن فدياه كانا على حالهما، وَإِن أبيا الفداء ففداه الورثة، بطلت وصيتهما؛ لأنهما لما أبيا الفداء، فقد رضيا بهلاك الرقبة، فبطل حقهما، والله تعالى أعلم.

ولو أوصى لرجل من غلة عبده كل شهر بدرهم، ولآخر بثلث ماله، ولا مال له غير العبد، فإن ثلث المال بينهما نصفان في قول أبي حنيفة ـ رحمه الله تعالى ـ؛ لأنه أوصى للموصى له بالغلة بجميع الرقبة؛ إذ لا يمكن استيفاء ذلك من غلته في كل شهر إلا بحبس الرقبة، والمذهب عند أبي حنيفة ـ رحمه الله تعالى ـ أن الموصى له بأكثر من الثلث لا يضرب إلا بالثلث، فالثلث يكون بينهما لكل واحد منهما السدس، ويخرج الحساب من ستة فالثلث، وذلك سهمان يكون بينهما، سهم لصاحب الثلث يعطى له من الرقبة، وسهم لصاحب الغلة يستغل وحسبت عليه غلته، وينفق عليه منها كل شهر درهماً، لأنه هكذا أوصى، وأربعة أسهم من الرقبة للورثة، فإذا مات الموصى له بالغلة، وقد بقي من الغلة شيءٌ، رد ذلك إلى صاحب الرقبة، وكذلك ما حبس له من ثمن الرقبة يرد على صاحب الرقبة؛ لأنه بطلت وصيته بموته، فيرجع ذلك إلى صاحب الرقبة، وعلى قولهما يقسم الثلث بينهما على أربعة: صاحب الغلة يضرب بالجميع ثلاثة، وصاحب الثلث يضرب بالثلث سهم.

ولو أوصى لرجل بغلة داره، ولآخر بعبد، ولآخر بثوب، فهذه المسألة على وجهين: إما أن تخرج هذه الأشياء كلها من الثلث، أو لا تخرج من الثلث، فإن كانت تخرج من الثلث أخذ كل واحد منهم ما أوصى له به؛ لأنه أوصى بالجميع، والوصية بغلة الدار وصية بحبس رقبتها على ما بينا، وَإن كانت لا تخرج من الثلث لكن الورثة أَجَازُوا فكذلك، وَإن لم تجز الورثة ضرب كل واحد منهم بقدر حقه، إلاَّ أن تكون وصية أحدهم تزيد على الثلث، فلا يضرب بالزيادة على قول أبي حنيفة ـ رحمه الله ـ.

وإذا مات صاحب الغلة بطلت وصيته، وقسم الثلث بين ما بقي منهم؛ لما ذكرنا.

ولو أوصى بغلة داره لرجل، وبسكناها لآخر، وبرقبتها لآخر، وهي الثلث، فهدمها رجل بعد موت الموصي، غرم قيمة ما هدمه من بنائها، ثم تبنى مساكن كما كانت، فتؤاجر ويأخذ غلتها صاحب الغلة، ويسكنها الآخر؛ لأن الوصية بالغلة والسكنى لا تبطل بهدم الدار؛ لقيام القيمة مقام الدار؛ كما قلنا في العبد الموصي بخدمته لرجل وبرقبته لآخر إذا قتل؛ أن الوصية لا تبطل، ويشتري بقيمته عبداً آخر لخدمته.

وكذا البستان إذا أوصى بغلته لرجل، وبرقبته لآخر، فقطع رجل نخلة أو شجرة، يغرم قيمتها فيشتري بها أشجاراً مثلها فتغرس، فإذا أوصى لرجل بثلث ماله ولآخر بغلة دارِهِ، وقيمة الدار ألف درهم، وله ألفا درهم سوى ذلك، فلصاحب الغلة نصف غلة الدار، ولصاحب الثلث نصف الثلث فيما بقي من المال والدار، خمس ذلك في الدار، وأربعة أخماسه في المال.

ووجه ذلك أن يقول: إن الوصية بثلث المال وصية بثلث الغلة أيضاً، لأن الغلة مال

الميت يقضى منه ديونه، وَإذا كان كذلك، فالدار تخرج من ثلث ماله؛ لأن قيمة الدار ألف درهم، وله ألفا درهم سوى ذلك، فقد اجتمع في الدار وصيتان، وصية بجميعها، ووصية بثلثها، فيجعل الدار على ثلاثة، ويقسم بينهما على طريق المنازعة، وصاحب الثلث لا يدعي أكثر من الثلث وهو سهم واحد، والثلثان سهمان، لصاحب الغلة وهو صاحب الجميع بلا منازعةٍ؛ لأن الوصية بالغلة وصية بجميع الدار؛ على ما ذكرنا أنه يحبس جميع الدار لأجله، واستوت منازعتهما في سهم واحد، وكان بينهما فانكسر على سهمين، فاضرب سهمين في ثلاثة، فيصير ستة، فصاحب الثلث لا يدعي أكثر من سهمين، وأربعة أسهم خلت عن دعواه، وسلمت لصاحب الجميع وهو صاحب الغلة، بلا منازعةٍ.

واستوت منازعتهما في سهمين؛ فيقسم بينهما لكل واحد منهما سهم، وَإذا صارت الدار وهي الثلث على ستة، والألفان اثنا عشر، فلصاحب الثلث من ذلك الثلث أربعة أسهم، فضمها إلى ستة، تصير سهام الوصايا عشرة، وجملة ذلك ثلاثون، فنقول: ثلث المال عشرة فنقسمها بينهم؛ لصاحب الغلة خمسة أسهم كلها في الدار، ولصاحب الثلث خمسة أسهم، أربعة أسهم في الألفين، وسهم في الدار؛ فهذا معنى قوله في الأصل: لصاحب الغلة نصف غلة الدار وذلك خمسة؛ لأنا جعلنا الدار على عشرة، ولصاحب الثلث نصف الثلث خمسة، أربعة أخماسه في المال، وخمس ذلك في الدار، وهذا قول أبي حنيفة ـ رحمه الله تعالى.

وعلى قولهما تقسم الدار على طريق العول، فصاحب الجميع يضرب بالجميع، وصاحب الثلث يضرب بالثلث، ومخرج الثلث ثلاثة، فصاحب الجميع يضرب بالجميع ثلاثة، وصاحب الثلث يضرب بسهم، فاجعل الدار على أربعة أسهم، وَإذا صارت الدار على أربعة أسهم مع العول، صار كل ألف من الألفين على ثلاثة من غير عول، فالألفان تصير ستة أسهم، فللموصى له بالثلث ثلث ذلك، وذلك سهمان، ضم ذلك إلى أربعة أسهم، فيصير ستة، فاجعل هذا ثلث المال والثلثان اثنا عشر، والجميع ثمانية عشر، فللموصى له بثلث المال ثلث الألفين؛ وذلك أربعة أسهم من اثني عشر، وذلك ثلثا الثلث؛ لأنا جعلنا الثلث على ستة أسهم، وأربعة أسهم من ستة ثلثاه، وهذا معنى قوله في الأصل وَإن شئت قلت ثلثا ذلك في ثلث المال، وقال أيضاً ثلاثة في الدار؛ لأنك جعلت الدار على ثلاثة قبل العول، وللموصى له بالثلث سهم من الدار، وذلك ثلث الدار؛ فإن مات صاحب الغلة فلصاحب الثلث ثلث الدار والمال؛ لأنه لما مات الموصى له بالغلة، بطلت وصيته، وصار كأنه لم يوص له بشيء، وإنما أوصى لصاحب الثلث بثلث المال والدار، فيكون له ذلك.

وَإن استحقت الدار بطلت وصية صاحب الغلة، وأخذ صاحب الثلث ثلث المال؛ لأنه لا يملك استغلالها بعد استحقاقها.

ولو لم يستحق ولكنها انهدمت، قيل لصاحب الغلة: ابن نصيبك فيها، ويبني صاحب الثلث نصيبه والورثة نصيبهم؛ لأن ذلك مشترك بينهم، فيبني كل واحد نصيبه، وأيهم أبى أن يبني لم يجبر على ذلك؛ لأن الإنسان لا يجبر على إصلاح حقه، ولم يمنع الآخر أن يبني نصيبه من ذلك؛ ويؤاجره ويسكنه؛ لأن الذي امتنع من البناء رضي ببطلان حقه، فلا يوجب ذلك بطلان حق صاحبه، وليس هذا كالسفل إذا كان لرجل وعلوه لآخر فانهدما، وأبى صاحب السفل أن يبني سفله ـ أنه يقال لصاحب العلو: ابن سفله من مالك، ثم ابن عليه العلو، فإذا أراد صاحب السفل أن ينتفع بالسفل فامنعه حتى يدفع إليك قيمة السفل؛ لأن هناك لا يمكن بناء العلو إلا بعد بناء السفل، فكان لصاحب العلو أن يبني سفله حتى يمكنه بناء العلو عليه، فأما ههنا فيمكن أن يقسم عرصة الدار، فيبني كل واحد منهم في نصيبه.

ولو أوصى لرجل بسكنى داره أو بغلتها، فادعاها رجل وأقام البينة أنها له، فشهد الموصى له بالغلة أو السكنى؛ أنه أقر بها للميت ـ لم تجز شهادته؛ لأنه يجر بشهادته إلى نفسه مغنماً؛ لأنه لو قبلت شهادته لسلمت له الوصية، ولا شهادة لجار المغنم على لسان رسول الله ﷺ.

وكذا إذا شهد للميت بمال أو بقتل خطأ لا تقبل شهادته؛ لأنه مهما كثر مال الميت كثرت وصيته، وكان بشهادته جار المغنم إلى نفسه، فلا تقبل.

ولو أوصى لرجل بثلث غلة بستانه أبداً ولا مال له غيره، فقاسم الورثة البستان، فأغل أحد النصيبين ولم يغل الآخر، فإنهم يشتركون فيما خرج من الغلة؛ لأن قسمته وقعت باطلة؛ لأن الموصى له بالغلة لا يملك رقبة البستان، والقسمة فيما ليس بملك له باطلة، والثمرة غير موجودة، وَإنما حدثت بعد ذلك، وقسمة المعدوم باطلة، وللورثة أن يبيعوا ثلثي البستان، فيكون المشتري شريك صاحب الغلة، أراد به أنه يبيع ثلثي البستان مشاعاً؛ لأن الثلث مشغول بحق صاحب الغلة، والورثة ممنوعون عن ذلك الثلث ما دام الموصى له حَيًّا، فإذا كان هكذا، فلا يجوز البيع إلا في مقدار نصيبهم.

وروي عن أبي حنيفة ـ رحمه الله تعالى ـ أنه قال: لا يجوز بيع نصيبهم؛ لأن ذلك ضرر بالموصى له؛ لأن تنقص الغلة وتعيب.

ولو أوصى بغلة بستانه الذي فيه لرجل، وأوصى له بغلته أيضاً أبداً، ثم مات الموصي ولا مال له غيره، والغلة القائمة للحال تساوي مائة درهم، والبستان يساوي ثلثمائة درهم، فللموصى له ثلث الغلة التي فيه، وثلث ما يخرج من الغلة فيما يستقبل أبداً؛ لأنه أوصى له هكذا، فإنه أوصى له بالغلة القائمة للحال، وبالغلة التي تحدث أبداً، فيعتبر في كل واحد منهما ثلثه، ولا يسلم إليه كل الغلة القائمة في الحال، وَإن كان يخرج من ثلث المال؛ لأنه أوصى له

أيضاً بثلث ما يخرج من بستانه فيما يستقبل، وَإِذا ضمت تلك الوصية إلى هذه الوصية، زادت الوصية على الثلث.

ولو أوصى بعشرين درهماً من غلته كل سنة لرجل، فأغل سنة قليلاً، وسنة كثيراً، فله ثلث الغلة، تحبس وينفق عليه كل سنة من ذلك عشرون درهِماً؛ لأن الوصية بعشرين درهماً من غلته وصية بجميع الغلة؛ لجواز أن يطول عمره فيستوفي ذلك كله، فلذلك جاز في ثلثه وتحبس غلته حتى ينفق عليه كل سنة عشرون درهماً إلى أن يموت.

ولو أوصى أن ينفق عليه أربعة كل شهر من عوض ماله، وعلى آخر خمسة كل شهر من غلة بستانه، ولا مال له غير البستان، فثلث غلة البستان بينهما نصفين، يباع سدس غلة البستان لكل واحد منهما، فيوقف ثمنه على يد الموصي أو على يد ثقة، إن لم يكن هناك وصي، وينفق على كل واحد منهما كما سمى؛ وكذلك الوصية بإنفاق درهم، ولا عبرة بالأقل والأكثر؛ لجواز أن يعيش صاحب الأقل أكثر مما يعيش صاحب الأكثر، فيباع سدس الغلة لكل واحد منهما، ويوقف ثمنه، وينفق على كل واحد منهما ما سمى له؛ لأنه أوصى لأحدهما أن ينفق عليه من عوض ماله، والبستان ماله، ولا يسلم المال إليهما، بل يوضع على يد الموصي، فإن لم يكن له وصي فالقاضي يضعه على يد ثقة عدل؛ لأنه أمر بالإنفاق عليهما، ولم يوص بدفع المال إليهما، فإن ماتا وقد بقي شيءٌ من المال، رد على ورثة الموصي؛ لأن الوصية قد بطلت بموته، فيعود إلى الورثة.

وكذلك لو قال: ينفق على فلان أربعة، وعلى فلان وفلان خمسة، حبس السدس على المنفرد، والسدس الآخر على المجموعين في النفقة؛ لأنه أضاف الأربعة إلى شخص واحد، وأضاف الخمسة إلى شخصين؛ لأنه جمعهما في الوصية، فصار كأنه أوصى بأن ينفق على فلان أربعة وعلى فلان خمسة؛ لذلك يقسم الثلث بينهم: سدس يوقف للمنفرد، وسدس للمجموعين.

ولو أوصى بغلة بستانه لرجل، وبنصف غلته لآخر؛ وهو ثلث ماله، قسم ثلث الغلة بينهما نصفين كل سنة؛ لأن الوصية بالزيادة على الثلث لا تجوز، فيصير كأنه أوصى لكل واحد منهما بالثلث، فيكون الثلث بينهما لاستوائهما، ولو كان البستان يخرج من ثلث ماله، فإنه يقسم غلة البستان بينهما على طريق المنازعة، على قول أبي حنيفة ـ رضي الله عنه ـ؛ لأن صاحب النصف لا يدعي إلا النصف؛ فالنصف خَلاً عن دعواه، فسلم لصاحب الجميع بلا منازعةٍ، والنصف الآخر استوت منازعتهما فيه، فيقسم بينهما نصفين، فيحتاج إلى حساب، له نصف ولنصفه نصف، وذلك أربعة، فصاحب النصف لا يدعي أكثر من سهمين، فسهمان خليا عن دعواه، سلما لصاحب الجميع بلا منازعة، وسهمان آخران استوت منازعتهما فيهما، فيقسم

بينهما لكل واحد منهما سهم، فصار لصاحب الجميع ثلاثة أسهم، ولصاحب النصف سهم.

وعلى قولهما يقسم على طريق العول، فصاحب الجميع يضرب بالجميع، وصاحب النصف يضرب بالنصف، والحساب الذي له نصف سهمان، فصاحب الجميع يضرب بسهمين، وصاحب النصف يضرب بسهم واحد، فيقسم بينهما أثلاثاً. سهمان لصاحب الجميع، وسهم لصاحب النصف، ولو أوصى لرجل بغلة بستانه، وقيمته ألف درهم، ولآخر بقيمة عبده، وقيمته خمسمائة، وله سوى ذلك ثلثمائة، فالثلث بينهما على أحد عشر سهماً في قول أبي حنيفة ـ رضي الله عنه ـ، لصاحب العبد خمسة أسهم في العبد، ولصاحب البستان ستة أسهم في غلته؛ لأن جميع ماله ألف درهم وثمانمائة درهم، والثلث من ذلك ستمائة، ووصية صاحب البستان ألف درهم، وذلك أكثر من الثلث.

وَمِن مَذهب أبي حنيفة ـ رحمه الله ـ أن الموصى له بأكثر من الثلث لا يضرب إلا بالثلث، فاطرح ما زاد على ستمائة؛ لأن ذلك زيادة على الثلث، فصاحب البستان يضرب بستمائة وصاحب العبد يضرب بخمسمائة، فاجعل ثلث المال وهو ستمائة على أحد عشر سهماً؛ لصاحب البستان ستة أسهم، ولصاحب العبد خمسة أسهم، فما أصاب صاحب البستان كان في البستان في غلته، وما أصاب صاحب العبد كان في العبد، وهذا قول أبي حنيفة ـ رضي الله عنه ـ وعلى قولهما صاحب البستان يضرب بجميع البستان؛ وهو ألف، وصاحب العبد بخمسمائة، فيقسم ثلث المال بينهما أثلاثاً على طريق العول.

ولو أوصى لرجل بغلة أرضه، وليس فيها نخل ولا شجر، ولا مال له غيرها فإنها، تؤاجر، فتكون تلك الغلة له، ولو كان فيها شجر، أعطى ثلث ما يخرج منها؛ لأن اسم الغلة يقع على الثمرة وعلى الأجرة، فإن كان فيها ثمر انصرفت الوصية إلى ما يخرج منها؛ لأن الغلة في الحقيقة اسم لما يخرج إذا كان في الأرض أشجار، وَإن لم يكن فيها شجر، فالوصية بالغلة وصية بالدراهم والدنانير، وذلك هي الأجرة.

فإن قيل: إذا لم يكن في الأرض شجر، فينبغي أن يزرعها فيستوفي زرعها.

فالجواب: أنه لو زرع لحصل له ملك الخارج ببذره، والموصى به غلة أرضه لا غلة بذره.

ولو أوصى لرجل بغله أرضه، ولآخر برقبتها، وهي تخرج من الثلث، فباعها صاحب الرقبة وسلم صاحب الغلة المبيع، جاز، وبطلت وصية صاحب الغلة، ولا حق له في الثمن، أما جواز الوصية بالغلة فلما ذكرنا فيما تقدم، وأما جواز بيع الرقبة من صاحبها إذا سلم صاحب الغلة المبيع؛ فلأن ملك الرقبة لصاحب الرقبة، وأنه يقتضي النفاذ إلا أن حق صاحب الغلة

متعلق به، فإذا أجاز فقد رضي بإبطال حقه، فزال المانع، فنفذ، وبطلت وصية صاحب الغلة؛ لأنه إنما أوصى له بالغلة في ملك الموصى له بالرقبة، وقد زال ملكه عن الرقبة، ولا حق له في الثمن، لأن الثمن بدل الرقبة، ولا ملك له في الرقبة.

ولو أوصى له بغلة بستانه، فأغل البستان سنتين قبل موت الموصي، ثم مات الموصي، لم يكن للموصى له من تلك الغلة شيءٌ، إنما له الغلة التي فيه يوم يموت؛ لما ذكرنا أن الوصية إيجاب الملك عند الموت، فتكون له الثمرة التي فيه يوم الموت، وما يحدث بعد الموت لا ما كان قبل الموت، فإن اشترى الموصى له البستان من الورثة بعد موته، جاز الشراء، وبطلت الوصية؛ لأنه ملك العين بالشراء، فاستغنى بملكها عن الوصية، كمن استعار شيئاً ثم اشتراه؛ أنه تبطل الإعارة؛ وكمن تزوج أمة إنسان ثم اشتراها؛ يبطل النكاح؛ لما قلنا؛ كذا هذا.

وكذلك لو أعطوه شيئاً على أن يبرأ من الغلة، وكذلك سكنى الدار وخدمة العبد إذا صالحوه منه على شيء، جاز، وتبطل الوصية؛ لأن له حَقًّا وقد أسقط حقه بعوض، فجاز؛ كالخلع والطلاق على مال، والله سبحانه وتعالى أعلم.

وأما الوصية بأمر متعلق بالمال، فالوصية بالعتق، والوصية بالإعتاق، والوصية بالإنفاق، والوصية بالقُربِ من الفرائض والواجبات والنوافل.

أما الوصية بالعتق فحكمها ثبوت العتق بعد موت الموصي بلا فصلٍ؛ كما إذا قال وهو مريضٌ أو صحيح أنت حر بعد موتي، أو قال: دبرتك، أو أنت مدبر، أو إن مت من مرضي هذا أو في سفري هذا فأنت حر، فمات من مرضه ذلك أو سفره ذلك - يعتق من غير الحاجة إلى إعتاق أحد؛ لأن معنى ذلك أنت حر بعد موتي، أو بعد موتي من هذا المرض أو في هذا السفر، ويعتبر في ذلك كله الثلث، فإن كان العبد يخرج كله من ثلث ماله، يعتق كله، وَإن لم يخرج كله، يعتق منه بقدر ما يخرج من الثلث، وإن لم يكن له مال سواه يعتق ثلثه، ويسعى في الثلثين للورثة؛ لأن هذا كله وصية، فلا تنفذ فيما زاد على الثلث إلا بإجازة الورثة؛ على ما بينا فيما تقدم.

وأما الوصية بالإعتاق فحكمها وجوب الإعتاق بعد موت الموصي، ولا يعتق من غير إعتاق من الوارث أو الوصي أو القاضي، والأصل فيه أن كل عتق تأخر عن موت الموصي ولو بساعة، لا يثبت، ولا يعتق من غير إعتاق؛ كما إذا قال: هو حر بعد موتي بساعة أو بأقل أو بأكثر؛ لأن غرض الموصي هو عتق العبد بعد الموت، والعتق لا بد له من الإعتاق، ولا يمكن جعل الموصي معتقاً بعد الموت، فكان أمراً بالإعتاق دلالةً، فيعتق الوارث أو الوصي أو القاضي.

وأما الوصية بإعتاق نسمة، وهي أن يوصي بأن يشتري رقبة فتعتق عنه، والنسمة اسم لرقبة تشتري للعتق، فحكمها حكم وجوب الشراء، والإعتاق يعتبر من الثلث، ولو أوصى أن يعتق عنه نسمة بمائة درهم، فلم يبلغ ثلث ماله مائة درهم، لم يعتق عنه عند أبي حنيفة، وعندهما يعتق عنه بالثلث، ولو أوصى بأن يحج بمائة، وثلث ماله لا يبلغ مائة؛ فإنه يحج عنه من حيث يبلغ بالإجماع.

وجه قولهما إن تنفيذ الوصية واجبٌ ما أمكن، والتقدير بالمائة لا يقتضي التنفيذ؛ لأنه يحتمل أنه إنما قدر ظنًّا منه أن ثلث ماله يبلغ ذلك، أو رجاء إجازة الورثة، فإذا لم يبلغ ذلك أو لم تجز الورثة، يجب تنفيذها فيما دون ذلك؛ كما في الوصية بالحج.

ولأبي حنيفة ـ رضي الله عنه ـ أنه أوصى بعتق عبد يشتري بمائة درهم، فلو نفذنا الوصية في عبد يشتري بخمسين، كان ذلك تنفيذ الوصية لغير من أوصى له، وهذا لأن الوصية للعبد في الحقيقة فهو الموصى له، وقد جعل الوصية بعبد موصوف؛ بأنه يشتري بمائة، والمشتري بدون المائة غير المشتري بمائة، فلا يمكن تنفيذ الوصية له، بخلاف الوصية بالحج، فإنها وصية بالوصول إلى البيت، وأنه يحصل بالحج عنه من حيث يبلغ الثلث.

وعلى هذا إذا أوصى أن يعتق عنه نسمة بجميع ماله، فلم تجز ذلك الورثة، لم يشتر به شيء، والوصية باطلة في قول أبي حنيفة رحمه الله.

وعندهما يشتري بالثلث، وهذا بناء على المسألة الأولى، وقد ذكرنا وجه القولين، والله الموفق.

وأما الوصية بالإنفاق على فلان، وأوصى بالقرب، فحكمها وجوب فعل ما دخل تحت الوصية؛ لأنه هكذا أوصى، ويعتبر ذلك كله من الثلث، والله سبحانه وتعالى أعلم.

فصل في بيان ما تبطل به الوصية

وأما بيان ما تبطل به الوصية، فالوصية تبطل بالنص على الإبطال، وبدلالة الإبطال، وبالضرورة.

أما النص: فنحو أن يقول: أبطلت الوصية التي أوصيتها لفلان، أو فسختها، أو نقضتها، فتبطل إلاَّ التدبير خاصة، فإنه لا يبطل بالتنصيص على الإبطال، مطلقاً، كان التدبير أو مقيداً، إلا أن المقيد منه يبطل منه بدلالة الإبطال بالتمليك على ما ذكرنا، وكذا إذا قال: رجعت؛ لأن الرجوع عن الوصية إبطال لها في الحقيقة، وأما الدلالة والضرورة، فعلى نحو ما ذكرنا في الرجوع، وقد ذكرنا ما يكون رجوعاً عن الوصية وما لا يكون فيما تقدم.

وتبطل بجنون الموصي، جنوناً مطبقاً؛ لأن الوصية عقد جائز كالوكالة، فيكون لبقائه حكم الإنشاء كالوكالة، فتعتبر أهلية العقد إلى وقت الموت؛ كما نعتبر أهلية الأمر في باب الوكالة، والجنون المطبق هو أن يمتد شهراً عند أبي يوسف، وعند محمد سنة، وقد ذكرنا ذلك في «كتاب الوكالة».

ولو أغمي عليه لا تبطل؛ لأن الإغماء لا يزيل العقل، ولهذا لم تبطل الوكالة بالإغماء.

وتبطل بموت الموصى له قبل موت الموصي؛ لأن العقد وقع له لا لغيره، فلا يمكن إبقاؤه على غيره.

وتبطل بهلاك الموصى به إذا كان عيناً مشاراً إليها لبطلان محل الوصية، أعني: محل حكمه، ويستحيل ثبوت حكم التصرف أو بقاؤه بدون وجود محله أو بقائه، كما لو أوصى بهذه الجارية أو بهذه الشاة، فهلكت الجارية والشاة.

وَهَل تبطل الوصية باستثناء كل الموصى به في كلام متصلٍ.

اختلف فيه، قال أبو حنيفة وأبو يوسف ـ رحمهما الله ـ لا تبطل، ويبطل الاستثناء، وللموصى له جميع ما أوصى له به.

وقال محمد ـ رحمه الله ـ: يصح الاستثناء وتبطل الوصية، ولا خلاف في أن استثناء الكل من الكل في باب الإقرار باطلٌ، ويلزم المقر جميع ما أقر به.

وجه قوله إن الاستثناء ههنا رجوعٌ عما أوصى به، والوصية محتملة للرجوع، فيحمل على الرجوع؛ وبهذا فارقت الإقرار؛ لأن الإقرار بالمال مما لا يحتمل الرجوع، فيبطل الاستثناء، ويبقى المقر به على حاله.

ولهما أن هذا ليس باستثناء ولا رجوع، فيبطل الاستثناء رأساً وتبقى الوصية صحيحة، وبيان ذلك أن الاستثناء تكلم بالباقي بعد الثنيا، واستخراج بعض الجملة الملفوظة، ولا يوجد ذلك في استثناء الكل من الكل، والرجوع فسخ الوصية وإبطالها، ولا يتصور ذلك في الكلام المتصل، ولهذا شرطنا لجواز النسخ في الأحكام الشرعية أن يكون النص الناسخ متراخياً عن المنسوخ، والله سبحانه وتعالى أعلم.

كِتَابُ القَرْضِ

الكلام فيه يَقَعُ في مواضع: في بيان ركن القرض.

وفي بيان شرائط الركن.

وفي بيان حكم القرض.

أما ركنه: فهو الإيجاب والقبول، وَالإيجاب قول المقرض: أقرضتك هذا الشيء، أو خذ هذا الشيء قرضاً؛ ونحو ذلك.

والقبول: هو أن يقول المستقرض: استقرضت، أو قبلت، أو رضيت؛ أو ما يجري هذا المجرى.

وهذا قول محمد ـ رحمه الله وهو إحدى الروايتين عن أبي يوسف.

وروي عن أبي يوسف [رواية][١] أخرى أن الركن فيه [هو][٢] الإيجاب.

وأما القبول فليس بركن؛ حتى لو حلف لا يقرض فلاناً فأقرضه ولم يقبل، لم يحنث عند محمد، وهو إحدى الروايتين عن أبي يوسف، وفي رواية أخرى يحنث.

وجه هذه الرواية أن الإقراض إعارة لما نذكر، والقبول ليس بركن في الإعارة.

وجه قول محمد أن الواجب في ذمة المستقرض مثل المستقرض، فلهذا اختص جوازه بما له مثل، فأشبه البيع، فكان القبول ركناً فيه؛ كما في البيع.

وروي عن أبي يوسف فيمن حلف لا يستقرض من فلانٍ فاستقرض منه فلم يقرضه إنه يحنث؛ لأت شرط الحنث هو/ الاستقراض؛ وهو طلب القرض؛ كالاستيام في البيع وهو طلب البيع، فإذا استقرض فقد طلب القرض، فوجد شرط الحنث فيحنث، والله تعالى أعلم. ٣/١٦٦ب

(١) سقط في ط. (٢) سقط في ط.

فصل في الشروط

وأما الشرائط فأنواعٌ: بعضُها يرجع إلى المقرض، وبعضها يرجع إلى المقرض، وبعضُها يرجع إلى نفس القرض.

وأما الذي يرجع إلى المقرض: فهو أهليته للتبرع، فلا يملكه من لا يملك التبرع من الأب والوصي والصبي والعبد المأذون والمكاتب؛ لأن القرض للمال تبرعٌ؛ ألا ترى أنه لا يقابله عوض [للحال][1] فكان تبرعاً للحال، فلا يجوز إلا ممن يجوز منه التبرع، وهؤلاء ليسوا من أهل التبرع، فلا يملكون القرض.

وأما الذي يرجع إلى المقرض: فمنها القبض؛ لأن القرض هو القطع في اللغة، سمي هذا العقد قرضاً لما فيه من قطع طائفة من ماله، وذلك بالتسليم إلى المستقرض، فكان مأخذ الاسم دليلاً على اعتبار هذا الشرط.

ومنها: أن يكون مما له مِثْلٌ؛ كالمكيلات والموزونات والعدديات المتقاربة، فلا يجوز قرض ما لا مِثْلَ له؛ من: المذروعات، والمعدودات المتقاربة؛ لأنه لا سبيل إلى إيجاب رد العين، ولا إلى إيجاب رد القيمة؛ لأنه يؤدي إلى المنازعة؛ لاختلاف القيمة باختلاف تقويم المقومين، فتعين أن يكون الواجب فيه رد المثل، فيختص جوازه بما له مثلُ، ولا يجوز القرض في الخبر؛ لا وزناً ولا عدداً عند أبي حنيفة وأبي يوسف ـ رحمهما الله ـ.

وقال محمدٌ: يجوز عدداً.

وما قالاه هو القياس؛ لتفاوت فاحش بين خبز وخبز؛ لاختلاف العجن، والنضج، والخفة، والثقل، في الوزن، والصغر، والكبر في العدد؛ ولهذا لم يجز السلم فيه بالإجماع، فالقرض أولى؛ لأن السلم أوسع جوازاً من القرض، والقرض أضيق منه.

ألا ترى أنه يجوز السلم في الثياب، ولا يجوز القرض فيها، فلما لم يجز السلم فيه؛ فلأن لا يجوز القرض أَوْلَىٰ، إلا أن محمد ـ رحمه الله ـ استحسن في جوازه عدداً لعرف الناس وعادتهم في ذلك، وترك القياس لتعامل الناس فيه هكذا.

روي عن إبراهيم النخعي ـ رحمه الله ـ أنه جَوَّزَ ذلك؛ فإنه روي أنه سئل عن أهل بيت يقرضون الرغيف فيأخذون أصغر أو أكبر، فقال: لا بأس به.

ويجوز القرض في الفلوس؛ لأنها من العدديات المتقاربة كالجوز والبيض، ولو استقرض فلوساً فكسدت، فعليه مثلها عند أبي حنيفة ـ رضي الله عنه ـ: وعند أبي يوسف ومحمد ـ رحمهما الله ـ عليه قيمتُها.

وجه قولهما إن الواجب في باب القرض رد مثل المقبوض، وقد عجز عن ذلك؛ لأن المقبوض كان ثمناً، وقد بطلت الثمنية بالكساد، فعجز عن رد المثل، فيلزمه رد القيمة؛ كما لو استقرض رطباً فانقطع عن أيدي الناس؛ أنه يلزمه قيمته لما قلنا؛ كذا هذا.

ولأبي حنيفة أن رد المثل كان واجباً، والفائت بالكساد ليس إلا وصف الثمنية، وهذا وصف لا تعلق لجواز القرض به؛ ألا ترى أنه يجوز استقراضه بعد الكساد ابتداءً، وَإن خرج من كونه ثمناً، فلأن يجوز بقاء القرض فيه أَوْلَىٰ؛ لأن البقاء أسهل، وكذلك الجواب في الدراهم التي يغلب عليها الغش؛ لأنها في حكم الفلوس.

وروي عن أبي يوسف أنه أنكر[١] استقراض [الدراهم][٢] المكحلة والمزيفة، وكره إنفاقها، وَإن كانت تنفق بين الناس؛ لما في ذلك من ضرورات العامة؛ وَإذا نهى عنها وَكسدت، فهي بمنزلة الفلوس إذا كسدت.

ولو كان له على رجل دراهم جياد، فأخذ منه مزيفة، أو مكحلة، أو زيوفاً، أو نبهرجة، أو ستوقة ـ جاز في الحكم؛ لأنه يجوز بدون حقه، فكان كالحط عن حقه، ألاً أنه يكره له أن يرضى به وأن ينفقه، وإن بين وقت الإنفاق لا يخلو[٣] عن ضرر العامة بالتلبيس والتدليس.

قال أبو يوسف: كل شيء من ذلك لا يجوز بين الناس؛ فإنه ينبغي أن يقطع ويعاقب صاحبه إذا أنفقه وهو يعرفه، وهذا الذي ذكره احتساب حسن في الشريعة.

ولو استقرض دراهم تجارية فالتقيا في بلد لا يقدر فيه على التجارية، فإن كانت تنفق في ذلك البلد/ ، فصاحب الحق بالخيار: إن شاء انتظر مكان الأداء، وَإن شاء أجله قدر المسافة، ذاهباً وجائياً، واستوثق منه بكفيل، وإن شاء أخذ القيمة؛ لأنها إذا كانت نافقة لم تتغير، بقيت في الذمة؛ كما كانت، وكان له الخيار، إن شاء لم يرض بالتأخير، وأخذ القيمة؛ لما في التأخير من تأخير حقه، وفيه ضررٌ به؛ كمن عليه الرطب إذا انقطع عن أيدي الناس؛ أنه يتخير صاحبه بين التربص والانتظار لوقت الإدراك، وبين أخذ القيمة؛ لما قالوا[٤] كذا هذا، وَإن كان لا ينفق في ذلك البلد، فعليه قيمتها، والله تعالى أعلم.

١٦٧/٣أ

وأما الذي يرجع إلى نفس القرض، فهو أن لا يكون فيه جر منفعة[٥]، فإن كان لم يجز،

---

(١) في أ: كسره.
(٢) سقط في ط.
(٣) في أ: لأنه يخلو.
(٤) في أ: قلنا.
(٥) قال الفقهاء: «كل قرض جر نفعاً للمقرض فهو حرام». يكادون يجمعون على هذه القضية، فلا يجوز أن يشرط رد أفضل مما أقرض ولا أكثر منه ولا نوعاً غيره، ولا أن يقضى في مكان كذا وهو ربا مفسوخ بلا خلاف في ذلك. ومثل له الشيرازي: بأن يقرضه ألفا على أن يبيعه دارِ، أو على أن يرد عليه أجود منها أو أكثر منها.
استدلوا على ذلك بالمنقول، والمعقول: ـ

=

نحو ما إذا أقرضه دراهم غلة؛ على أن يرد عليه صحاحاً، أو أقرضه وشرط شرطاً له فيه منفعة؛ لما روي عن رسول الله - ﷺ - أنه نَهَىٰ عَنْ قَرْضٍ جَرَّ نَفْعاً؛ ولأن الزيادة المشروطة تشبه الربا؛ لأنها فضلٌ لا يقابله عوضٌ، والتحرز عن حقيقة الربا وعن شبهة الربا وَاجِبٌ.

هذا إذا كانت الزيادة مشروطة في القرض، فأما إذا كانت غير مشروطة فيه، ولكن المستقرض أعطاه أجود مما أعطاه[1] فلا بأس بذلك؛ لأن الربا اسم لزيادة مشروطة في العقد، ولم توجد، بل هذا من باب حسن القضاء، وإنه أمر مندوب إليه، قال النبي - عليه السلام -: **«خِيَارُ النَّاسِ أَحْسَنُهُمْ قَضَاءً»**[2] وقال النبيُّ عليه الصلاة والسلام عِنْدَ قَضَاءِ دَيْنٍ لَزِمَهُ لِلوَازِنِ:

= المنقول: ما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده «أن النبي ﷺ نهى عن سلف وبيع» والسلف هو القرض في لغة أهل الحجاز. وروي عن أبي بن كعب وابن مسعود وابن عباس - رضي الله عنهم -: «أنهم نهوا عن قرض جر نفعاً» وقوله ﷺ: «كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل. ما بال أقوام يشترطون شروطاً ليست في كتاب الله، من اشترط شرط ليس في كتاب الله، فليس له وإن اشترط مائة شرط: كتاب الله أحق، وشرط الله أوثق» وهو في الصحيحين بألفاظ مختلفة، ولا خلاف في بطلان هذه الشروط التي ذكرناها في القرض. وعن مالك عن ابن عمر «أن رجلاً قال لابن عمر أسلفت رجلاً سلفا واشترطت أفضل مما أسلفته. فقال ابن عمر: ذلك الربا.

والمعقول: أن القرض عقد إرفاق فاشتراط منفعة فيه للمقرض، أو أي شرط لا يقره الشرع إخراج له عن موضوعه؛ فعومل المخالف بنقيض قصده؛ فحرم عليه كل شيء اشترطه لنفسه. واستحق الذم عاجلاً، والعقاب آجلاً. فانتهضت الأدلة من سنة وإجماع، ومعقول على حرمة كل فائدة صغيرة، أو كبيرة جرها القرض. إذ الشريعة الإسلامية وعدت على القرض الثواب الأخروي: فمن تعجل هذا الشيء بشيء في الدنيا، عوقب بحرمانه منه. وإحلال عقاب الله تعالى به بدل ثوابه، حيث سار على غير السنن الإلّهي. وأصم أذنيه عن وعد الله تعالى للمتعاونين، وسار وراء شيطانه الذي يعده الفقر. ويغلغل الحرص في قلبه، وينسج على مبادىء يهودية لا تقرها الأديان حتى شريعة موسى وعيسى عليهما السلام. ينظر: الربا لشيخنا سليمان محمد. والمحلى لابن حرام ٨/ ٧٧.

(١) في ط: أجودهما.

(٢) ورد من حديث العرباض بن سارية وأبي رافع رواه النسائي (٧/ ٢٩١) كتاب البيوع، باب استسلاف الحيوان واستقراضه.

وابن ماجه (٢/ ٧٦٧) كتاب التجارات، باب السلم في الحيوان الحديث (٢٢٨٦) وأحمد (٤/ ١٢٧).

كلهم من حديث معاوية بن صالح قال: سمعت سعيد بن هانىء قال سمعت عرباض بن سارية يقول: «بعت من رسول الله ﷺ بكراً فأتيته أتقاضاه فقال: أجل لا أقضيها إلا نجيبة فقضاني فأحسن قضائي وجاءه أعرابي يتقاضاه سِنَّه فقال رسول الله ﷺ: أعطوه سناً فأعطوه يومئذٍ جملاً فقال: هذا خير من سني فقال: خيركم «خيركم قضاء».

وأما حديث أبي رافع: فرواه مسلم (٦/ ٤١) كتاب المساقاة، باب من استسلف شيئاً فقضى خيراً منه الحديث (١٦٠٠).

وأبو داود (٣/ ٢٤٧ - ٢٤٨) كتاب البيوع، باب في حسن القضاء الحديث (٣٣٤٦) والترمذي (٣/ ٦٠٠) =

«زِنْ وَأَرْجِحْ»[١] وعلى هذا تخرج مسألة السفاتج التي يتعامل بها التجار أنها مكروهة؛ لأن التاجر ينتفع بها بإسقاط خطر الطريق، فتشبه قرضاً جَرَّ نفعاً.

فإن قيل: أليس أنه روي عن عبد الله بن عباس ـ رضي الله عنهما ـ أنه كان يستقرض بالمدينة على أن يرد بالكوفة، وهذا انتفاع بالقرض بإسقاط خطر الطريق.

فالجواب: أن ذلك محمول على أن السفتجة لم تكن مشروطة في القرض مطلقاً[٢]، ثم

= كتاب البيوع، باب ما جاء في استقراض البعير والنسائي (٧/ ٢٩١) كتاب البيوع، باب استسلاف الحيوان الحديث (١٣١٨) استقراضه.

وابن ماجه (٢/ ٧٦٧) كتاب التجارات، باب السلم في الحيوان الحديث (٢٢٨٥) وأحمد (٦/ ٣٩٠).

وابن خزيمة في صحيحه (٤/ ٥٠) رقم (٢٣٣٢) كلهم من طريق زيد بن أسلم عن عطاء بن يسار عن أبي رافع «أن رسول الله ﷺ استسلف من رجل بكراً فقدمت عليه إبل من إبل الصدقة فأمر أبا رافع أن يقضي الرجل بكره فرجع إليه أبو رافع فقال: لم أجد فيها إلا خياراً رباعياً فقال: «أعطه إياه فإن خيار الناس أحسنهم قضاء».

أخرجه أبو داود (٣/ ٢٤٥) كتاب البيوع، باب في الرجحان في الوزن والوزن بالأجر الحديث (٣٣٣٦) والنسائي (٧/ ٢٨٤) كتاب البيوع، باب الرجحان في الوزن والترمذي (٣/ ٥٨٩) كتاب البيوع، باب ما جاء في الرجحان في الوزن الحديث (١٣٠٥).

وابن ماجه (٢/ ٧٤٧ ـ ٧٤٨) كتاب التجارات، باب الرجحان في الوزن الحديث (٢٢٢٠) وابن حبان في صحيحه (١١/ ٥٤٧) رقم (٥١٤٧) والدارمي (٢/ ١٧٥) والبخاري في التاريخ (٢/ ١٤١ ـ ١٤٢).

وأحمد (٤/ ٣٥٢) وابن أبي شيبة (٦/ ٥٨٦).

وعبد الرزاق (٨/ ٦٨) رقم (١٤٣٤١) وابن الجارود رقم (٥٥٩) والطيالسي رقم (١١٩٢).

والطحاوي (٤/ ٥٩، ٦٠) والبيهقي (٦/ ٣٢، ٣٣) من طريق سفيان عن سماك بن حرب عن سويد بن قيس به.

وخالف شعبة سفيان فرواه عن سماك عن أبي صفوان مالك بن عميرة أخرجه البخاري في التاريخ (٢/ ١٤٢) والنسائي (٧/ ٢٨٤) كتاب البيوع، باب الرجحان في الوزن.

وأحمد (٤/ ٣٥٢) والحاكم (٢/ ٣٠ ـ ٣١) والدولابي في الكنى (١/ ٣٩، ٤٠).

وقال ابن أبي حاتم في علل الحديث (٢/ ٤٤٤): «سألت أبا زرعة عن حديث رواه سفيان وشعبة عن سماك بن حرب فاختلفا فيه فقال الثوري».

عن سماك بن حرب عن سويد بن قيس» ورواه شعبة عن سماك بن حرب عن أبي صفوان مالك بن عمير...

فقلت لهما: أيهما أصح عندكما؟ فقالا: سفيان احفظ الرجلين، ثم قالا: «وقيس بن الربيع على ضعفه قد تابع سفيان في هذا الحديث فقلت لهما: هل تابع شعبة أحد في هذا الحديث قال أبي: لا أعلمه. وقال أبو زرعة: تابعه عليه عمرو بن أبي المقدام مع ضعفه» اهـ.

(١) في أ: بل.

(٢) سقط في أ.

تكون السفتجة؛ وذلك مما لا بأس به على ما بينا، والله تعالى أعلم.

والأجل لا يلزم في القرض، سواء كان مشروطاً في العقد أو متأخراً عنه؛ بخلاف سائر الديون، والفرق من وجهين.

أحدهما: أن القرض تبرعٌ.

ألا ترى أنه لا يقابله عوض للحال، وكذا لا يملكه من لا يملك التبرع، فلو لزم فيه الأجل لم يبق تبرعاً فيتغير المشروط؛ بخلاف الديون.

والثاني: أن القرض يسلك به مسلك العارية، [والأجل لا يلزم في العواري، والدليل على أنه يسلك به مسلك العارية][١] ألا يخلو إما أن يسلك به مسلك المبادلة؛ وهي تمليك الشيء بمثله، أو يسلك به مسلك العارية، لا سبيل إلى الأول؛ لأنه تمليك العين بمثله نسيئة، وهذا لا يجوز، فتعين أن يكون عارية، فيجعل التقدير كأن المستقرض انتفع بالعين مدة ثم رد عين ما قبض، وَإن كان يرد بدله في الحقيقة، وجعل رد بدل العين بمنزلة رد العين؛ بخلاف سائر الديون، وقد يلزم الأجل في القرض بحال؛ بأن يوصي بأن يقرض من ماله بعد موته فلاناً ألف درهم إلى سنة؛ فإنه ينفذ وصيته، ويقرض من ماله كما أمر، وليس لورثته أن يطالبوا قبل السنة، والله تعالى أعلم.

فصل في حكم القرض

وأما حكم القرض، فهو ثبوت الملك للمستقرض في المقرض للحال، وثبوت مثله في ذمة المستقرض للمقرض للحال، وهذا جواب ظاهر الرواية.

وروي عن أبي يوسف في النوادر: لا يملك القرض بالقبض ما لم يستهلك؛ حتى لو أقرض كراً من طعام وقبضه المستقرض، ثم إنه اشترى الكر الذي عليه بمائة درهم، جاز البيع.

وعلى رواية أبي يوسف: لا يجوز؛ لأن المقرض باع المستقرض الكر الذي عليه، وليس عليه الكر، فكان هذا بيع المعدوم، فلم يجز؛ كما لو باعه الكر الذي في هذا البيت، وليس في البيت كر.

وجاز في ظاهر الرواية؛ لأنه باع ما في ذمته [منه][٢]، فصار كما إذا باعه الكر الذي في البيت، وفي البيت كر؛ وكذلك لو كان الكر المقرض قائماً في يد المستقرض، كان المستقرض بالخيار: إن شاء دفع إليه/ هذا الكر، وَإن شاء دفع إليه كرًّا آخر. ٣/١٦٧ب

---

(١) في ط: فجعل.

(٢) سقط في ط.

ولو أراد المقرض أن يأخذ هذا الكر من المستقرض، وأراد المستقرض أن يمنعه من ذلك ويعطيه كرًّا آخر مثله؛ له ذلك في ظاهر الرواية.

وعلى ما روي عن أبي يوسف ـ رحمه الله ـ في النوادر أن لا خيار للمستقرض، ويجبر على دفع ذلك الكر، إذا طالب به المقرض، وعلى هذا فروعٌ ذكرت في «الجامع الكبير».

وجه رواية أبي يوسف أن الإقراض إعارة؛ بدليل أنه لا يلزم فيه الأجل، ولو كان معاوضة للزم كما في سائر المعاوضات؛ وكذا لا يملكه الأب، والوصي، والعبد المأذون، والمكاتب، وهؤلاء لا يملكون المعاوضات؛ وكذا إقراض الدراهم والدنانير لا يبطل بالافتراق قبل قبض البدلين[1]، وَإن كان مبادلة لبطل؛ لأنه صرف، والصرف يبطل بالافتراق قبل قبض البدلين؛ وكذا إقراض المكيل لا يبطل بالافتراق، ولو كان مبادلة لبطل؛ لأن بيع المكيل بمكيل مثله في الذمة لا يجوزُ، فثبت بهذه الدلائل أن الإقراض إعارةٌ، فبقي العين على حكم ملك المقرض.

وَجْهُ ظاهر الرواية: أن المستقرض بنفس القبض صار بسبيلٍ من التصرف في القرض من غير إذن المقرض، بيعاً وهبةً وصدقةً وسائر التصرفات، وَإذا تصرف ينفذ تصرفه، ولا يتوقف على إجازة المقرض، وهذه أمارات الملك؛ وكذا مأخذ الاسم دليل عليه؛ فإن القرض قطع في اللغة، فيدل على انقطاع ملك المقرض بنفس التسليم.

وأما قوله [القرض][2] إعارة، والإعارة تمليك المنفعة لا تمليك العين، فنعم، لكن ما لا يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه بقيام عينه مقام المنفعة، صار قبض العين قائماً مقام قبض المنفعة، والمنفعة في باب الإعارة تملكٌ بالقبض؛ لأنها تبرعٌ بتمليك المنفعة؛ فكذا ما هو ملحقٌ بها، وهو العين، والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب، وَإليه المرجع والمآب.

تم

(١) في أ: المبدل.
(٢) سقط في ط.

فهرس المحتويات